DIE REALEN GRUNDLAGEN UND DIE STOFFE DES RECHTS

Burkard Wilhelm Leist

Digitized by Google

Bd Feb 1921

HARVARD LAW LIBRARY

Received NOV 8 1920

Digitized by Google

Civiliſtiſche Studien

auf dem Gebiete

dogmatiſcher Analyſe.

Von

Dr. **Burkard Wilhelm Leiſt.**

Viertes Heft.

Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts.

Jena,
Verlag von Friedrich Frommann.

1877.

Digitized by Google

715

Die realen Grundlagen und die Stoffe des Rechts.

Von

Dr. Burkard Wilhelm Leist.

Jena,
Verlag von Friedrich Frommann.

1877.

Ger. 906

Digitized by Google

„Was mich beschäftigte, waren die Sitten der Völker. An ihnen zu lernen, wie aus dem Zusammentreffen von Nothwendigkeit und Willkür, von Antrieb und Wollen, von Bewegung und Widerstand ein Drittes hervorgeht, was weder Kunst noch Natur, sondern beides zugleich ist, nothwendig und zufällig, absichtlich und blind: ich verstehe die menschliche Gesellschaft."

Goethe.

NOV 8 _ 1920

BK 2004

Digitized by Google

Vorrede.

Den Inhalt des vorliegenden vierten und letzten Heftes der „Civiliſtiſchen Studien": — Darlegung des Weſens der naturalis ratio im Gegenſatz zu dem der Aequität — hatte ich mir bereits beim Erſcheinen des erſten Heftes (1854) vorausbeſtimmt. Ich hatte gleich die Abſicht mit dem Erſcheinenlaſſen dieſes vierten Heftes längere Zeit zu warten. Als aber die Zeit herankam, in der ich im Voraus gedacht hatte zur Ausführung ſchreiten zu können, traten unvorhergeſehene Hemmniſſe ein: ſchweres Leiden und die Uebernahme der größeren Commentararbeit, zu deren Stoff mich eine alte Liebe zog.

Nachdem dieſes Commentarwerk zur Hälfte erledigt iſt, kehre ich zwiſchendurch gern zu meinen dogmatiſch-analytiſchen Aufgaben, die ich inzwiſchen immer im Auge behalten habe, — und zwar zunächſt zur Abſchließung dieſer Civiliſtiſchen Studien zurück. Ich beabſichtige hier aber nicht bloß, die von naturalis ratio und Aequität redenden römiſchen Stellen zu interpretiren, ſondern ſelbſtändig die darin behandelten Fragen zu prüfen und

Digitized by Google

zu ordnen. Indem ich zu dieſem Zweck vielfach der Zuſammenſtellung von Punkten aus recht weit auseinanderliegenden Gebieten bedarf, habe ich mir, — da ich dieſe Punkte nicht ſelbſt neu unterſuchen will, ſondern ſie herbeiziehe, um ſie zu meinen dogmatiſch-analytiſchen Zwecken zu verwenden, — eine Reihe von Gewährsmännern ausgeſucht, denen ich das Material entnehme. Man wird es nicht tadeln, wenn ich das Herbeigezogene, anſtatt es in meine Worte zu kleiden, mit Vorliebe dem Leſer in der bewährteſten Forſcher eigenen Worten vor Augen ſtelle.

Jena, den 8. Januar 1877.

Digitized by Google

Inhaltsverzeichniß.

Einleitung.

Seite

§. 1. Die römiſche Theorie über die rechtlichen Vorzuſtände unſerer Völker 1
Die Savigny'ſche Theorie über die Bedeutung von naturalis ratio, aequitas und Natur der Sache 2
§. 2. Bedeutung der „rerum natura“ 5
Die Identificirung von naturalis ratio und Aequität iſt zu verwerfen 7
Bedeutung der naturalis ratio 8
Quellenbelege . . . . . 8—12
§. 3. Die in Ehe, Eigenthum und Vertrag zu erforſchende naturalis ratio 13
Quellen für die Forſchung: die Funde und die Sprache . . 14
Die Urvölker. I. Aeltere Zeit 14
II. Spätere Zeit 16
Steinzeit 17
Brouzezeit 20
Eiſenzeit 23
§. 4. Die Grundthatſachen für den Aufbau der „indogermaniſchen Rechtsgeſchichte“ 24
Der Traum des Alterthums von einem verlorenen Paradies der Vorzeit 29

I. Ehe.

§. 5. I. Das reale Element. Die Ehe die Fortpflanzungsinſtitution der Menſchheit 32
Ausſprüche der Römer über die in der Ehe liegende naturalis ratio 35
Die älteſte Form der Eheſchließung: der Mädchenraub . . . 37
Hausgewalt, Blutsverwandtſchaft, ſacral-agnatiſches Inteſtaterbrecht 38

Digitized by Google

Seite

§. 6. II. Das voluntare Element. Eingehung der Ehe als Mädchenkauf 42
Confarreatio; Verhüllung und Enthüllung [nuptiae] . . . 43
§. 7. III. Das ethische Element. Das genossenschaftliche Element der Ehe 45
Das religiöse Element der Ehe 46
Sacra zum Fortbestande des Hauses 47
Bedeutung von éνας und potestas 49
Verschiedene Gestaltungen der Hausgewalt 50
Sacrale Geschlossenheit der Familie 52
Intestaterbrecht 53
Testamentarisches Erbrecht 54

II. Vermögen, Stamm und Staat.

§. 8. Die naturalis ratio in Betreff des Selbstschutzes, des Kampfes, Krieges und der Symmachie 56
Bedeutung des Kampfbegriffs für die Entwicklung der indogermanischen Völkerfamilie 60

§. 9. I. Die Periode des Selbstschutzes.
A. Die uralten Begriffe des Eigenthumserwerbes.
1) Occupation 62
Das Zähmungsverhältniß 63
Kriegsbeute 64
Sklaverei 65
Die römische Theorie von Verwerfung der naturalis ratio bei der Sklaverei 66
Der im Kriegsstandpunkt liegende Gedanke des Gleich-Vergeltens 67
§. 10. 2) Der Gütertausch (Kauf). Der internationale Handelsverkehr der ältesten Zeiten 69
Der Schutz des fas 71
Aeltestes Auftreten des Kaufs in der Sprache 74
Bedeutung der im Realkauf liegenden naturalis ratio . . 75
3) Die Fabrication 77
Bedeutung der real-festorganisirten Verhältnisse der Occupation und des Kaufs für die älteste Zeit; Verwendung dieser Begriffe zur juristischen Construction im Mädchenraub und Mädchenkauf 78
§. 11. B. Der Kern des alten Eigenthums: das Zähmungsverhältniß.
1) Bedeutung der Wörter dominus und herus 80
§. 12. 2) Die Form der Rechtsverfolgung 81
Forttragen der Formeln durch Auswendiglernen 82

Digitized by Google

Seite

Die germanische Anefangsklage und die italische actio aio rem meam esse 85

Haussuchung beim Diebstahl 86

Die zwei Rechtsbethätigungshandlungen: der Waffenwurf und die actio sacramenti 87

§. 13. C. Begriff des „Wettkampfes" als eines Gottesurtheils.

1) Verfolgung der „Unthaten": animadversio, poena, vindicta 88

§. 14. 2) Verfolgung der Privatangelegenheiten 93

a) Die generalis actio der vindicta 96

§. 15. Anwendbarkeit derselben bei Verträgen 99

Die drei Arten der Zwangskraft 101

b) Das Bewaffnetsein als Voraussetzung der actio . . 102

§. 16. 3) Darstellung des Processes als eines Kampfes 103

a) Vornahme am Tage 104

b) An bestimmten Tagen 104

c) Bedeutung des Eides 105

d) Der Sieg des Klägers enthält das Verfallensein der Person des Beklagten 107

e) Stellung des Richters, nicht als eines Urtheilenden, sondern den Proceß Einleitenden; Fortentwicklung zur „Composition" zwecks Entscheidung durch einen index 109

Heutiger Ueberrest aus alter Zeit: das Duell 110

§. 17. II. Die Periode des Rechtsschutzes.

A. Der Völkereinzug 111

1) Die Germanen 113

Begriff von bill 113

§. 18. 2) Die Italiker 117

Der numerus duodenarius 118

Zutheilung der zwei Jugeren heredium 122

Begriff von lex 124

§. 19. 3) Die Griechen 125

Landvertheilung in Sparta und Athen. Begriff von νόμος 127

§. 20. B. Die Völkerentwicklung.

1) Die Eigenthumsfrage 128

a) Bei den Germanen 129

§. 21. b) Bei den Italikern 130

Ausdehnung der actio sacramenti 131

§. 22. Die Mancipation als altlatinisch-nationalrechtlicher Sollennitätsact 133

Die res mancipi 137

§. 23. Die specifisch-römische Mancipation 141

Digitized by Google

Seite

α) Die emptio quae mancipii est 142
§. 24. β) Die fortgebildete römische Mancipation 149
§. 25. 2) Bedeutung des Studiums der indogermanischen Rechtsgeschichte 153
Stipulation. Badimonium 154

III. Die fünf Stoffe.

§. 26. Gegeneinanderstellung von naturalis ratio und Aequität . . 156
I. Das legale Element 157
II. Das logische Element 158
1) Die Rechtsinstitute als practische Wesen 159
Bedeutung der „Summe" des Instituts 159
2) Die Rechtsinstitute als historische Wesen 160
Die Eigenthumsübertragung 160
§. 27. 3) Das Eigenthumsinstitut 161
Verschmelzung des Eigenthumsbegriffs für bewegliche und unbewegliche Sachen. Nivellirung des Eigenthums- und des Besitzesinstituts für das ganze Gebiet der körperlichen Sachen 163
„Princip" und „Summe" des Eigenthums 164
§. 28. 4) Verwendung der „Natur der Sache" 166
§. 29. III. Die fünf Stoffe oder das hypostatische Element 168
Gegeneinanderstellung der fünf Stoffe 168
§. 30. A. Die naturalis ratio 170
Verhältniß derselben zum ius gentium 171
§. 31. B. Die civilis ratio 174
§. 32. C. Der final-limitirte Rechtsstoff 176
Utilität, Opportunität, Singularität. Die Puchta'sche Theorie über das Wohlfahrtsrecht 178
Uebersicht über die in den Quellen behandelten Hauptgesichtspunkte der Utilität 180
§. 33. D. Das voluntare Element.
1) Der actuelle Individualwille 184
Gestaltungen desselben in der ältesten Zeit. Realacte und Formalacte 188
2) Probabeler Wille 189
§. 34. E. Die Aequität 190
1) Die Windscheid'sche Ansicht von der Aequität. Charakterisirung der Aequität als: „Humanität im Gebiete der socialen Ordnung" 192
§. 35. 2) Erörterung des Begriffs im Einzelnen 193
§. 36. Fortsetzung 197

Digitized by Google

Seite

§. 37. IV. Das historische Element 202
§. 38. V. Das philosophische Element 203

Beilage.

Die Aequität 209
A. Subjectivschätzende Aequität. Nr. I—XIV . . . . 209—222
B. Objectivausgleichende Aequität. Nr. I—XII . . . . 223—231
C. Rechtanwendende Aequität. Nr. I—XIV . . . . . 231—243

Zusatz 244

Digitized by Google

Verbesserungen.

S. 40 Z. 16 v. u. statt Nr. 1 lies Nr. i;
S. 54 Z. 2 v. u. statt A. 7 lies A. 9.
S. 81 Z. 7 v. u. statt mentenedor lies mantenedor.

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1. Was bedeutet der Ausdruck: naturalis ratio? — 1
Wir finden in unseren Quellen einige Stellen, die, indem sie auf diese Frage Antwort zu geben scheinen, eine allgemeine Theorie von den rechtlichen Vorzuständen unserer Völker aufstellen[1]). Es giebt, sagen sie, ein ius naturale, das, nicht dem Menschengeschlecht eigenthümlich sondern allen animalischen Wesen gemeinsam, „ex naturalibus praeceptis" gesammelt ist; ein ius gentium, das bei den Menschenvölkern besteht und von dem ius naturale abweicht; und ein ius civile. Zu jenen natürlichen Vorschriften gehört: daß wir Gott fürchten, den Eltern dem Vaterlande gehorchen, Gewalt und Injurie zurückweisen, und daß wir in Folge der allgemeinen zwischen den Menschen bestehenden Verwandtschaft uns nicht gegenseitig Nachstellungen machen[2]). Das Institut der Sklaverei gehört nicht

1) Fr. 1—5 de iust. et iure 1. 1; fr. 64 de cond. ind. 12. 6; fr. 31 pr. depositi 16. 3; pr. §. 1. 2 I. de iure nat. gent. et civ. 1. 2; fr. 34 §. 1 de contr. emt. 18. 1: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt.

2) Vgl. auch Cic. de Invent. II. 53 (161): Natura ius est, quod

Digitized by Google

in dies natürliche Gebiet, denn nach ius naturale sind alle Menschen frei geboren. Die Sklaverei gehört erst dem ius gentium an, durch welches die Kriege eingeführt, Völker getrennt, Reiche gegründet, Eigenthum unterschieden, Aecker getheilt, Städte gebaut, Handel und Verkehr eingerichtet worden sind [3]).

Diese Theorie ist von jeher viel getadelt worden, und ihre Schwächen liegen ja auch auf der Hand. Ich will nun keine Literärgeschichte dessen, was über die rechtlichen Vorzustände unserer Völker gesagt worden ist, geben. Ich stelle hier lediglich die Savigny'sche Theorie [4]), welche als die nach Savigny allgemein unter uns herrschende wird bezeichnet werden können, jener römischen gegenüber.

Nach Savigny erfolgt die Rechtsbildung lediglich im Kreise des Volks (S. 21). „Was in dem einzelnen Volke wirkt, ist der allgemeine Menschengeist, der sich in ihm auf individuelle Weise offenbart. Allein die Erzeugung des Rechts ist eine That, und eine gemeinschaftliche That. Diese ist nur denkbar für Diejenigen, unter welchen eine Gemeinschaft des Denkens und Thuns nicht nur möglich, sondern auch wirklich ist. Da nun eine solche Gemeinschaft nur innerhalb der Grenzen des einzelnen Volks vor-

non opinio genuit, sed quaedam innata vis inserui, ut religionem pietatem gratiam vindicationem observantiam veritatem; fr. 1 §. 3 de furt. 47. 2: quod lege naturali prohibitum est admittere.

3) In anderen Stellen wird das, was die „naturalis ratio inter omnes homines constituit" und was also „apud omnes [populos] peraeque custoditur", mit dem ius gentium identificirt: fr. 9 de iust. et iur. 1.1; fr. 1 pr. de acq. rer. dom. 41. 1; §. 11 I. de iur. nat. 1. 2; Gai. I. 1. 189. II. 66. 69. 79; fr. 1 loc. 19. 2: cum naturalis sit et omnium gentium. Diesem ius naturale, welches auch ius gentium heißt, wird dann ein älteres Bestehen vor dem ius civile vindicirt (§. 11 I. de rer. div. 2. 1), da es „cum ipso genere humano rerum natura [vgl. unten §. 2 A. 1] prodidit."; s. §. 33 A. 6.

4) Savigny System I.

Digitized by Google

handen ist, so kann auch nur hier das wirkliche Recht hervorgebracht werden, obgleich in der Erzeugung desselben die Aeußerung eines allgemein menschlichen Bildungstriebes wahrzunehmen ist... Nur findet sich darin eine Verschiedenheit, daß dies Erzeugniß des Volksgeistes bald dem einzelnen Volk ganz eigenthümlich, bald aber in mehreren Völkern gleichmäßig vorkommend ist" [ius gentium]. (S. 52. 53.) „Im Volksrechte finden wir ein zwiefaches Element: ein individuelles jedem Volke besonders angehörendes, und ein allgemeines gegründet auf das Gemeinsame der menschlichen Natur." Dieses letztere führt Savigny zurück: „einfach auf die sittliche Bestimmung der menschlichen Natur, so wie sich dieselbe in der christlichen Lebensansicht darstellt." (S. 55.) „Es erscheint wiederum in verschiedenen Gestalten:" 1) „Am reinsten und unmittelbarsten, insofern darin die sittliche Natur des Rechts im Allgemeinen wirksam ist: also die Anerkennung der überall gleichen sittlichen Würde und Freiheit des Menschen, die Umgebung dieser Freiheit durch Rechtsinstitute, mit Allem was aus der Natur und Bestimmung dieser Institute durch praktische Consequenz hervorgeht, und was die Neueren Natur der Sache nennen (aequitas oder naturalis ratio)." (S. 116.) Naturalis ratio ist: „das der menschlichen Natur eingepflanzte gemeinsame Rechtsbewußtsein, wovon wieder die Unveränderlichkeit dieses Rechts als eine nothwendige Folge angesehen wurde." (S. 416. 417.) „Jedes Rechtsverhältniß hat zur Grundlage irgend einen Stoff, auf welchen die Rechtsform angewendet wird. Diese Materie ist in den meisten Rechtsverhältnissen insofern von willkürlicher Art, daß ein dauerndes Bestehen des Menschengeschlechts auch ohne sie gedacht werden kann; so bei dem Eigenthum und den Obligationen." Dagegen das Verhältniß der Geschlechter und Fortpflanzung und Erziehung sind allgemeine Naturverhältnisse, ohne welche das Menschengeschlecht gar kein dauerndes Dasein haben könnte. Hier ist nicht

Digitized by Google

1 das Recht, ſondern die Materie des Rechts mit den Thieren gemeinſam. Aber, wenn auch dies richtig iſt, ſo eignet es ſich doch nicht zu einer Eintheilung des Rechts. Veranlaſſung zu Aufſtellung einer ſolchen gab die Wahrnehmung, daß die Rechtsinſtitute in verſchiedenem Grade als natürlich angeſehen werden müßten. Alſo, während die naturalis ratio die Anerkennung der überall gleichen ſittlichen Würde und Freiheit des Menſchen iſt, ſo konnte man nicht verkennen, daß die erſte Entſtehung der Sklaverei aus Gewalt, mithin aus Zufall und Willkür abzuleiten ſei. Möglicherweiſe hat gerade dies zur ganzen Eintheilung in ius nat. gent. und civ. den Anſtoß gegeben. Dieſe Dreitheilung iſt zu verwerfen, weil die Unterſcheidung des mehr oder weniger Natürlichen eine willkürliche und ſchwankende iſt, und weil die Eintheilung, als lediglich das allgemeine unbeſtimmte Daſein der Rechtsinſtitute betreffend, unfruchtbar bleiben mußte. Die Zweitheilung, in ius gentium und civile, iſt auch ſtets die römiſch-herrſchende geweſen. Danach wird das ius gentium regelmäßig durch den Ausdruck naturalis bezeichnet, namentlich in ſechs Fällen: a) naturalis ratio bei den Bedingungen der Ehe; b) naturalis cognatio; c) naturaliter erwerben bei Eigenthum und Obligationen; d) Recht des Grundeigenthümers auf die Superficies nach naturale ius; e) naturalis possessio; f) naturalis obligatio. — 2) Jenes allgemeine Rechtselement erſcheint aber auch noch mittelbar und gemiſchterer Natur: a) als Beachtung ſittlicher Zwecke (boni mores), im neuſten Recht auch kirchlicher Zwecke; b) als Beachtung des Staatsintereſſes (publica utilitas); c) als väterliche Vorſorge für das Wohl des Einzelnen (ratio utilitatis).

2 §. 2. Gegen dieſe Savigny'ſche Theorie der Identificirung von naturalis ratio, Aequität und Natur der Sache bin ich in dieſen Studien aufgetreten. Ich behaupte:

1) Der Ausdruck: „Natur der Sache" iſt nur ein haltbarer,

Digitized by Google

ſofern er der römiſchen „rerum natura“ [oder ſeltener: „rei na- 2
tura“ und parallel auch: „hominum natura“] entſpricht, dann aber beſſer mit „Natur der Dinge“ zu vertauſchen. Der römiſche Ausdruck rerum natura bezeichnet, wo er nicht ausnahmsweiſe [wie z. B. in l. 23 C. de probat. 4. 19; vgl. unten Nr. 3a] in den der naturalis ratio übergeht, lediglich das factiſch Exiſtirende[1]). Von dieſem Geſichtspunkte aus iſt bei den Römern

1) Vgl. z. B. folgende Wendungen: a) Weltnatur und Menſchennatur. Plinius H. N. 7. 1 (vgl. Motto zu Humboldts Kosmos): Naturae rerum vis atque maiestas in omnibus momentis fide caret, si quis modo partes eius ac non totam complectatur animo. Sallust. Iug. 2: studia omnia nostra corporis alia, alia animi naturam secuntur. b) Vorhandenſein α) von Perſonen; fr. 2 pr. de coll. 37. 6: non potest dici mortis tempore avi bona habuisse, qui ipse nondum in rerum natura erat; fr. 60 (59) §. 6 in fin. de her. inst. 28. 5; fr. 22 pr. quando dies leg. 36. 2; fr. 3 §. 10. fr. 6 de suis et leg. 38. 16; fr. 28 §. 5 de iudic. 5. 1. β) von Sachen; fr. 13 §. 5 de pign. 20. 1: restitui hypothecam si in rerum natura sit; fr. 7 §. 1 de tritico 33. 6; fr. 48 (49) de neg. gest. 3. 5. c) Aufhören der Sachen; fr. 15 §. 1 de contr. emt. 18. 1: id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit; fr. 14 de iure dot. 23. 3; fr. 50 §. 1 de don. int. vir. et ux. 24. 1; fr. 17 §. 2 de act. rer. am. 25. 2. d) Thatſächliche Leiſtungsmöglichkeit von Sachen, Erfüllbarkeit von Bedingungen; fr. 115 §. 2 de V. O. 45. 1: postquam homo potuit dari (wenn er factiſch gegeben werden kann) confestim agendum . . exemplo penus legatae. Mucius etenim heredem, si dare potuisset penum nec dedisset, confestim in pecuniam legatam teneri scripsit, idque utilitatis causa receptum est ob defuncti voluntatem et ipsius rei naturam; Paul. III. 4b §. 1: possibilis est, quae per rerum naturam admitti potest; §. 1 I. de inut. stip. 3. 19; e) Sprachlich Thatſächliches; fr. 4 de praescr. verb. 19. 5: natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula. f) Zweckbeſtimmung der Dinge für die Menſchen; fr. 28 §. 1 de usur. 22. 1: cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit; §. 37 in fin. I. de rer. div. 2. 1. g) Factiſche Tragweite der Menſchenkraft und der Thatſachen; fr. 32 depos. 16. 3: ad eum modum, quem hominum natura

Digitized by Google

2 das lediglich factiſche Beſitzen (ſ. den vor. §. Nr. 1. e), wie man es auch im Genaueren begrenzen möge, der civilis possessio und dem Eigenthum [fr. 1. pr. §. 1 de adquir. poss. 41. 2; fr. 3 §. 15 ad exhib. 10. 4; fr. 1 §. 9. 10 de vi 43. 16] entgegengeſetzt worden. Die weiter gehende Verwendung des Ausdrucks „Natur der Sache", wie ſie in unſerer modernen Wiſſenſchaft ſich eingebürgert hat, iſt eine durchaus ſchwankende und alſo, als zu Unklarheiten führend, zu verwerfen. Ich habe in meiner Schrift „Nat. rat. u. Natur der Sache" (1860 S. 51 ff.) gezeigt, daß ein hochangeſehener Rechtsgelehrter, Vangerow, den Ausdruck „Natur der Sache" für die diſparateſten Dinge gebraucht; und dies iſt bei Vangerow um ſo gefährlicher, als derſelbe den Satz befolgt, daß „was mit innerer Nothwendigkeit aus der Natur der Sache ſich ergebe, einer beſonderen geſetzlichen Beſtätigung gar nicht bedürfe" [Glück-Leiſt Commentar II S. 446 Anm. 92; — vgl. auch noch meine Recenſion der Amann'ſchen Schrift in den Gött. Gel. Anz. 1876 Nr. 13. S. 389]. Ich könnte die Nachweiſe, daß in unſerer modernen Literatur der

desiderat; fr. 38 de reb. cred. 12. 1; Cic. de or. I. 50: neque enim est interdictum aut a rerum natura aut a lege aliqua atque more, ut singulis hominibus ne amplius quam singulas artes nosse liceat. Ebenſo wie von „Natur des Menſchen" und „Natur der Sache" kann man auch von „Natur der Thatſache" reden; nur bot die römiſche Sprache dafür kein bequemes Wort: fr. 25 §. 9 fam. erc. 10. 2: quia talis stipulatio per legem XII tab. non dividitur, quia nec potest; Gai. III. 194: natura tantum manifestum furtum intelligi: neque enim lex facere potest, ut qui manifestus fur non sit manifestus sit, non magis quam qui omnino fur non sit fur sit, aut qui adulter aut homicida non sit adulter vel homicida sit; Cic. ad Att. II. 17: sed ea natura rei est, ut haec extrema esse non possint. h) Die Thatſache des Zufalls; fr. 16 §. 3 de pec. const. 13. 5: etiamsi per rerum naturam stetit (durch Caſus veranlaßt). i) Tragweite der Blutsverwandtſchaft; fr. 4 pr. de gradib. 38. 10: ultra septimum fere gradum rerum natura cognatorum [vitam] vinculum consistere non patitur. k) Vgl. Beil. Nr. C. VIII. 1.

Digitized by Google

Ausdruck „Natur der Sache" in einer proteusartig wechselnden, 2
durchaus unklaren Weise verwendet wird, leicht in's Massenhafte steigern.

2) Die Identificirung von naturalis ratio und Aequität [2]) ist völlig zu verwerfen. Beide betreffen ganz verschiedene Dinge. Was unter Aequität zu verstehen sei, soll weiter unten geprüft werden. Will man aber die Bedeutung der naturalis ratio ermitteln, so muß man nicht von jenen oben §. 1 Anm. 1 u. 3 angegebenen Stellen der classischen Juristen [und noch weniger von Aussprüchen aus späterer römischer Zeit, in der solche allgemeine Begriffe schon unpräcis verwendet zu werden beginnen [3])] ausgehen, und von da auf das Einzelne schließen wollen. Derartige Zusammenfassungen zu einer allgemeinen Theorie sind bei den juristischen Classikern sorglose Definitionen [4]). Sie sind gewohnt im Concreten zu arbeiten, hier sind sie mustergültig. Wollen wir mit Sicherheit ihre Auffassung eines gewissen Begriffs feststellen, so müssen wir ihnen genau in dem gesammten concreten Detail nachgehen. Wir finden dann eine völlig präcise Begriffsverwendung, aber keineswegs immer eine fehlerfreie Formulirung zu einer allgemeinen Theorie. Wollen wir also in Betreff der Bedeutung der naturalis ratio sicher gehen, so müssen wir, wie im Folgenden geschehen soll, das gesammte Detail der Verwendung dieses Begriffs mustern.

3) Der Begriff, der sich daraus ergeben wird, ist ein ganz

---

2) Vgl. auch z. B. die Worte von Arndts P. §. 217 A. 7 bei Gelegenheit der Naturalobligation [einer reinen Aequitätslehre; vgl. Beil. Nr. C. XI]: „aber darin kommen doch die Meisten, auch solche, welche dieselbe nicht mit dem ius gentium in Verbindung gebracht wissen wollen, überein, daß es in der naturalis ratio oder aequitas beruhe."

3) Vgl. z. B. l. 2. C. de in ius voc. 2. 2 (v. Gordian).

4) S. auch meine Schrift „Wechselbeziehung" (1876) S. 1. 2. 49. 50.

Digitized by Google

2 anderer, als der von Savigny aufgestellte: „das der menschlichen Natur eingepflanzte Rechtsbewußtsein". Naturalis ratio ist vielmehr: das Reale in den socialen Verhältnissen; und zwar noch wieder, — im Gegensatz zu der eben (Anm. 1) erörterten rerum oder rei natura, die lediglich das factisch Existirende bezeichnet, — im Genaueren: das Organisch-Reale, d. h. das in dem Organismus der socialen Verhältnisse real-Gegebene, und als solches der menschlichen Vernunft Erkennbare. Mit anderen Worten: nicht bloß die factische natura (rerum), sondern der vernunftmäßig erkannte Zusammenhang der realen natura. Immer ist bei der naturalis ratio das Reale das entscheidende Moment; sie ist also ein der rerum natura verwandter Begriff, und so kann es kommen, daß in einzelnen Punkten beide ganz ineinander fließen. Wollen wir naturalis ratio verdeutschen, so geschieht es am Besten mit: „die reale Naturordnung".

Ich will zur Veranschaulichung dieses Begriffs hier gleich eine ganze Reihe von Einzelverwendungen aus den Quellen zusammenstellen. Die meisten derselben sind von Savigny gar nicht berücksichtigt worden.

a) §. 4 I. de Interd. 4. 15: et civilis et naturalis ratio facit, ut alius possideat alius a possidente petat, d. h. wenn der Eine der Eigenthümer der Sache ist, so bringt es das reale Wesen der körperlichen Dinge mit sich, daß sie von einem Anderen in Besitz genommen sein können, und daß nach der Art, wie römischer Rechtsschutz gewährt wird, der Eigenthümer vor dem Richter gegen diesen Besitzer auftreten muß. Darin liegt weiter, daß der Richter vom Kläger, gegenüber dem läugnenden Beklagten, zunächst Beweis fordern muß. Hieraus verallgemeinert der Satz der 23 C. de probat. 4. 19: per rerum naturam factum negantis probatio nulla. [vgl. l. 10 C. de non numer. pec. 4. 30: negantem numerationem, cuius na-

Digitized by Google

turali ratione probatio nulla est; fr. 47 de o. et a. 44.7; 2 fr. 125 de reg. iur. 50, 17][5]).

Von Etwas, welches das „Gemeinſame der menſchlichen Natur" ergäbe, iſt hier nicht die Rede.

b) Unter der Vorausſetzung, daß man ſchon Eigenthümer einer Sache iſt, bringt es das reale Weſen der körperlichen Sache mit ſich: α) daß das mit der Sache integrirend nebenſächlich Verbundene mit in unſer Eigenthum aufgenommen wird. Gai. II 69: .. naturali ratione nostra fiunt. 70: Sed et id, quod per alluvionem nobis adicitur, eodem iure nostrum fit [ungeſchickt in den Inſtitutionen in: „iure gentium" verändert]. 73: Praeterea id, quod in solo nostro ab aliquo aedificatum est ... iure naturali nostrum fit: quia superficies solo cedit. [Davon nur eine Anwendung in fr. 50 ad leg. Aq. 9. 2: naturale ius, quod superficies ad dominum soli pertinet; dieſe Stelle erwähnt Savigny als den vierten der von ihm angegebenen ſechs Punkte; vgl. §. 1 Nr. 1. d.][6]). 77: Eadem ratione probatum est, quod in chartulis sive membranis meis aliquis scripserit .. meum esse. 79: In aliis quoque speciebus naturalis ratio requiritur: proinde si

5) Dieſe Sätze, daß der Beklagte in günſtigerer Lage iſt (Grimm Deutſche Rechtsalterthümer S. 856), daß in Civilſachen dem Kläger Beweis aufzulegen, daß dem Beweisführenden der Gegenſtand der Klage zuerkannt, dem Beweisfälligen aberkannt wird (Grimm S. 864), kommen ebenſo im deutſchen Recht vor. Sie haben gar nichts mit der unten (§. 16) zu beſprechenden ſpecifiſchen Behandlung des Proceſſes als eines Kampfes zu thun. [Im Folgenden wird das Grimm'ſche Werk „Deutſche Rechtsalterthümer" (1828) kurz nur mit dem Verfaſſersnamen und der Seitenzahl citirt werden.]

6) Vgl. noch fr. 44 §. 1 de o. et a. 44. 7: superficies, quae natura solo cohaeret; fr. 23 pr. de u. et u. 41. 3: daß man superficies und solum in verſchiedenen Zeiten uſucapiren könnte, absurdum [gegen die Natur] et minime iuri civili conveniens est.

Digitized by Google

2 ex uvis meis vinum, cet. β) Ebenſo geht es aus dem realen Weſen des Aneinandergrenzens zweier Grundſtücke hervor, daß die auf der Grenze ſtehende Mauer Beiden gemeinſam ſei; fr. 8 de S. P. U. 8. 2: parietem, qui naturali ratione communis est. Aus dem „Gemeinſamen der menſchlichen Natur" ergiebt ſich hier nichts.

c) Daß an den res quae usu consumuntur kein wirklicher Uſusfruct möglich ſei, ergiebt ſich aus dem realen Weſen dieſer Dinge, nicht aus irgend etwas der menſchlichen Natur Gemeinſamem; §. 2 I. de usufr. 2. 4: rebus exceptis his quae ipso usu consumuntur: nam eae neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum; fr. 2 §. 1 de usufr. ear. rer. 7. 5: nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit.

d) Daß man an der Luft, der vorüberfließenden Welle, dem Meere, und, ſoweit die Gewalt des Meeres reicht, auch dem Meeresufer ſich keine abgeſonderten Einzelrechte denken kann, alſo dieſe Dinge factiſch Jedem zugänglich oder communia omnium bleiben, davon liegt der Grund nicht in etwas der menſchlichen Natur Gemeinſamem, ſondern in dem realen Weſen dieſer Dinge; Pr. §. 1 I. de rer. div. 2. 1: quaedam enim naturali iure communia sunt omnium; fr. 34 §. 1 de contr. emt. 18. 1: quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exemerunt.

e) Nicht die Gemeinſamkeit der menſchlichen Natur, ſondern einfach das reale Weſen der Räumlichkeit bringt es mit ſich, daß man ſagt (fr. 3 §. 5 de adq. poss. 41. 2): contra naturam est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id tenere videaris . . non magis enim eadem possessio apud duos esse potest [dieſen Satz als einen juriſtiſchen laſſe ich hier ungeprüft], quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris. Auch was

Digitized by Google

der eine Hund ganz im Maule hat, kann nicht gleichzeitig der 2
andere Hund ganz im Maule haben, und wo der eine Hund steht oder sitzt, kann nicht gleichzeitig der andere Hund stehen oder sitzen.

f) Aus dem realen Wesen der Dinge, nicht aus menschlicher Naturgemeinsamkeit, erklärt sich: α) Der „natürliche" Charakter der Solution [meine „Wechselbeziehung" S. 14 Anm. 3]; β) die natürliche Wechselbeziehung zwischen Darlehnshingabe und Darlehnsrückgabe [„Wechselb." S. 8; fr. 17 pr. de pact. 2. 14: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est]; γ) die „natürliche" Bedeutung von bona; fr. 49 de verb. sign. 50. 16; δ) die „naturalis datio" beim peculium; fr. 8 de pecul. 15. 1; ε) die „natürliche" Wechselbeziehung: aa) zwischen der fruchterzeugenden Sache und der Frucht [im Gegensatz zu vectura und usura, die „non natura pervenit"; fr. 62 pr. de rei vind. 6. 1], aus welcher naturalis ratio dann der Schluß gezogen wird, daß, was überhaupt Frucht ist, naturali iure dem auf die Hauptsache Berechtigten zufalle; §. 37 I. de rer. div. 2. 1; bb) zwischen Früchten [die als um der Menschen willen vorhanden aufgefaßt werden (s. oben Anm. 1. Nr. f), und zwecks deren Gewinnung man überhaupt die Sache cultivirt] und zwischen der Cultivirung §. 35 I. de rer. div. 2. 1; fr. 36 §. 5 de her. pet. 5. 3; diese Studien II S. 17. 18; ζ) die natürliche Wechselbeziehung zwischen dem zeitweiligen Sachgebrauch und dem zeitweiligen Sachunterhalt; fr. 18 §. 2 Commod. 13. 6: cibariorum impensae naturali scilicet ratione ad eum pertinent, qui utendum accepisset; diese Studien II S. 18.

g) Da man mit naturalis ratio das reale Wesen der Dinge [also verwandt mit der Existenzfrage, der rerum natura; weßhalb denn auch (vgl. Anm. 1. Nr. d.) die thatsächliche Leistungsmöglichkeit, die Erfüllbarkeit der Bedingungen auf rei oder rerum natura reducirt werden] bezeichnet, so erklärt sich, daß man

Digitized by Google

2 in übertragener Bedeutung von etwas ideell Juriſtiſchem, wie von etwas Realem redet, und ſagt, daß, wenn etwas nicht Exiſtirendes geſchuldet werden ſoll, naturali ratione die Obligation ſelbſt nicht exiſtiren könne; fr. 1 §. 9 de o. et a. 44. 7: si id, quod dari stipulemur, tale sit ut dari non possit, palam est naturali ratione inutilem esse stipulationem. Alſo dieſe Schlußfolgerung erweiſt ſich nicht als „ein bloßer Ausfluß des logiſchen Satzes vom Widerſpruch“ [7]); damit wäre das weſentliche Moment gerade ausgelaſſen, indem es ſich um den Widerſpruch gegen den realen Beſtand der Dinge handelt. Alſo naturalis ratio heißt hier nicht: „einfach die natürliche Logik“ (die ja freilich bei allen unſeren juriſtiſchen Subſumtionen vorausgeſetzt wird), ſondern die „reale Naturordnung“. — Ebenſo erklärt ſich folgende Anwendung der naturalis ratio. Wenn etwas von Anfang an nichtig (teſtamentariſch) Conſtituirtes [8]) mit onera belaſtet werden ſoll, ſo wird dies von Juſtinian in l. un. §. 3 C. de caduc. toll. 6. 51: „naturali ratione“ für unmöglich erklärt. Ich muß geſtehen, daß, wo etwa Juſtinian auf eigene Autorität hin etwas für naturalis ratio erklärte, ich immerhin mit einem gewiſſen Mißtrauen erſt prüfen würde, ob das auch richtig ſei. Aber Juſtinian ſpricht hier etwas „antiquae benevolentiae consentaneum“ aus, und hat alſo auch wohl den Ausdruck aus einem alten Juriſten entlehnt: nullo gravamine nisi perraro in hoc ‘pro non scripto’ interveniente. Quod et nostra maiestas, quasi antiquae benevolentiae consentaneum et naturali ratione subnixum, intactum atque illibatum praecepit custodiri in omne aevum valiturum. Dies erklärt ſich ebenſo, wie der Punkt des fr. 1 §. 9 cit. Das onus wird von dem teſtamentariſch Zugewendeten

7) G. Hartmann die Obligation (1875) S. 173.

8) Vgl. meine ſchon erwähnte Recenſion der Amann'ſchen Schrift in den Gött. Gel. Anz. S. 409, 410.

Digitized by Google

präſtirt. Exiſtirt Letzteres nicht, ſo iſt das onus die Auflage, ein 2
Nichtexiſtirendes zu einer Leiſtung zu verwenden.

§. 3. Einſtweilen mögen die mitgetheilten Stellen über die 3
naturalis ratio genügen. Sie zeigen jedenfalls, daß, ſoweit ſie die naturalis ratio berühren, von Aequität gar nicht die Rede iſt. Die Beſprechung der übrigen Ausſprüche der römiſchen Claſſiker über die nat. ratio, unter denen ſich erſt die Hauptſtellen befinden, verſpare ich auf den weiteren Verlauf meiner Darſtellung. Dieſe Hauptſtellen betreffen das Verhältniß der Geſchlechter, die Fortpflanzung und Erziehung, die Sklaverei, die Occupation, die Fabrikation, den Gütertauſch. Mit der Frage von der naturalis ratio wird überhaupt die Frage von den Grundelementen, auf denen dieſe Verhältniſſe beruhen, aufgeworfen. Dieſe Stellen berühren alſo in Ehe, Eigenthum und Vertrag die wichtigſten Punkte der Rechtswiſſenſchaft.

Ich habe, wie ich ſchon in der Vorrede ſagte, die Schrift nicht unternommen in der Abſicht, lediglich die Ausſprüche der Römer zu interpretiren. Ich will möglichſt die Wahrheit in dieſen Fragen ermitteln [1]), und mit den gewonnenen Reſultaten die Auffaſſung der römiſchen Juriſten zuſammenhalten. Möglich, daß die Römer Manches unrichtig oder einſeitig aufgefaßt haben, oder daß ihre Darſtellungsweiſe eine beſchränkte und mangelhafte iſt.

Man hat ſehr oft ſchon den allgemeinen Satz ausgeſprochen: Ehe, Eigenthum, Vertrag muß es von jeher in der Menſchheit gegeben haben; und man hat dann eine allgemeine Theorie über ihren Urſprung aufzuſtellen verſucht. Dabei iſt man gewohnt, dieſen Dingen, im Forſchen nach ihrer wirklichen Exiſtenz, nur bis zu den (ſ. g. geſchichtlichen) Anfängen des römiſchen, griechiſchen, deutſchen u. ſ. w. Volkes nachzugehen. — Ich will nun

1) Vgl. l. ult. pr. C. arbitr. tutelae 5. 51 (Juſtin.): nihil veritati praeiudicare, sed hoc obtinere, quod ipsius rei inducit natura.

Digitized by Google

von Aufstellung einer allgemeinen Theorie mich gänzlich fern halten, aber an die Frage herantreten: giebt es sichere Data, die uns den Weg weisen, um auch in den s. g. vorgeschichtlichen Zeiten wenigstens einige Hauptpunkte in Betreff der eben berührten Fragen von Ehe, Eigenthum und Vertrag festzustellen? Können wir also rücksichtlich der rechtlichen Urzustände unserer Völker, über die sich die Römer in jenen Stellen des §. 1 Anm. 1. 3. auslassen, Einiges als constatirbar hervorheben?

Indem ich von allgemeiner Theorie ganz abstrahire, will ich in die bare rauhe Wirklichkeit der Vorzeiten zurückzugehen versuchen. Quellen für die Forschung giebt es ja, in den vielfachen Funden aus der Urzeit, und in der Sprache. Es wird sonach im Folgenden allerdings von Manchem die Rede sein, was man heutzutage in einer romanistischen Schrift nicht zu suchen pflegt. Zunächst will ich in dieser Einleitung einen kurzen Ueberblick über das geben, was wir von dem Bestande von Urvölkern in unseren europäischen Ländern und von der Ausbreitung der indogermanischen Völkerfamilie wissen.

Zunächst von den Urvölkern.

I. Die Funde weisen nach, daß Menschen in unseren europäischen Ländern schon zur Eiszeit gelebt haben[2]): 1) Fund von Boucher de Perthes 1847 im Sommethal (P. 37). Kieselgeräth wahrscheinlich menschlichen Ursprungs, zusammen mit Mammuth, wollhaarigem Nashorn, ausgestorbener Pferdeart, Hippopotamus und anderen Geschöpfen der Diluvialzeit; P. 38: „wir können uns vorstellen, daß in der Gletscherzeit am Schluß des Tertiäralters die Bewohner der Picardie wie die heutigen Eskimo das Eis der Somme aufgehauen und an den freigehaltenen Oeffnungen Fische mit ihren Geschossen harpunirt haben"[3]).

2) Vgl. Oskar Peschel Völkerkunde 3. Aufl. 1876 S. 37 ff. [Auf die Seitenzahlen dieses Buches beziehen sich die bloß mit P. versehenen Citate.]

3) Lit. Centralbl. 1876 Nr. 32. (5. Aug.) [Ueber Dawkins, die Höhlen

Digitized by Google

2) Belgiſche, engliſche und franzöſiſche Höhlenfunde (P. 39): 3 Kunſtgeräth aus Feuerſtein, zuſammen mit Knochen vorweltlicher Thiere: Mammuth, Höhlen-Bären, Hyänen, Löwen. Schädel und Skelette von zwei Männern und zwei Frauen zuſammen mit Höhlen-Tiger, Bär, Auerochs. „Dieſe Höhlenfranzoſen ernährten ſich vom Jagdbetriebe und vorzüglich wurde dem Roſſe als Wildpret nachgeſtellt.“ Die Knochen der Thiere zeigen noch keine Brandſpuren. 3) Fund in der Dordogne: ſchon Schnitzereien in Horn, und auf Mammuthelfenbein geritzte Abbildungen von Fiſch, Ren, Menſch; Ahlen, Pfeilſpitzen, Nadeln zum Zuſammennähen von Fellen, Halsbänder aus durchbohrten Thierzähnen und Muſcheln [4]). 4) Fund zu Hohlefels bei Blaubeuren 1871: Scherben von Thongeſchirren zum Röſten und Braten, zuſammen mit Mammuth, Elephanten, Löwen, Bären, Renthier. 5) Schuſſenrieder Fund 1866, aus der Zeit wo Gletſcher das Rheinthal und den Bodenſee ausfüllten (P. 42. 43): bearbeitete Rengeweihe, Pfriemen mit ausgeſchlitztem Oehr, hölzerne glatte Nadel, Angelhaken, Aſchen- und Kohlenreſte. — Hiernach

---

und die Ureinwohner Europas. Aus dem Engl. v. Spengel mit Vorw. v. Fraas. 1876]: „Der paläolitiſche Europäer, zur Eiszeit in faſt gleicher Naturumgebung und faſt von denſelben Thieren als Jäger und Fiſcher wie der Eskimo lebend, ſchuf ſich auch ganz ähnliche Geräthe aus Stein und Knochen wie der letztere.“

4) P. 40: „Letztere ſtammen obendrein von dem weit entfernten atlantiſchen Strande, können alſo nur durch Tauſch in ihren Beſitz gelangt ſein, ebenſo wie vorgefundene Bergkryſtalle, die in großem Umkreiſe um die Fundſtätten nicht vorkommen. Selbſt Hörner der Saigaantilope, deren nächſtes Verbreitungsgebiet erſt in Polen erreicht wird, gehörten zu der Habe jener alten Jäger und dienen als Urkunde, daß durch den Handel ſchon damals geſchätzte Waaren in große Fernen verbreitet wurden.“ — Daß an dieſen durch Tauſchhandel von auswärts erworbenen beweglichen Sachen damals ſchon der Eigenthumsbegriff exiſtirt hat, kann kein Zweifel ſein.

Digitized by Google

s hat jedenfalls das Auftreten des Menſchengeſchlechts in unſeren europäiſchen Ländern ein ſehr hohes Alter[5]). P. 539: „Die Basken müſſen wir vorläufig unter allen Europäern für die älteſten Bewohner unſeres Welttheils halten"; ob ſie aber mit jenen Völkern der Eiszeit noch zuſammenhängen, wiſſen wir nicht.

II. Neuere Zeit (viel jünger zu denken, als das vorſtehend Angeführte). A. Die ſchweizeriſchen Pfahlbauern (P. 44. 45) trieben bereits Ackerbau, aßen Brod, pflanzten Obſtbäume, dörrten Aepfel; Rinder, Schaafe, Ziegen, Katzen und Hunde wohnten mit ihnen (noch nicht das Schwein); „Nichts hindert uns bis jetzt die ſchweizeriſchen Pfahlbauern für einen ariſchen Volksſtamm zu halten" [vielleicht zweites Jahrtauſend vor Chr., vielleicht aber viel älter — P. 46].

B. Eine wohl erſt ſpätere Entwicklung der Cultur finden wir bei den, ebenfalls den Ariern zuzurechnenden, nordiſchen Völkern. Unter dieſen ſind die Dänen diejenigen, bei denen wir den Entwicklungsgang am Beſten verfolgen können, theils weil ſie nicht ſo wie andere Völker den Einflüſſen von verſchiedenſten Seiten ausgeſetzt waren, theils weil in Dänemark ſehr reichhaltige Funde gemacht, und im Kopenhagener Muſeum in einer alle anderen Länder bis jetzt übertreffenden Weiſe zuſammengeordnet worden ſind. In dankenswerther Art iſt neuerdings eine Ueberſicht über den Beſtand dieſes Kopenhagener Muſeums [das den Eindruck eines in Dingen geſchriebenen Lehrbuchs macht] publicirt worden[6]), und ich halte es für das meinen juriſtiſch-

5) Vgl. noch: „Menſchenſpuren aus interglaciären Ablagerungen" in den Mittheilungen des deutſch. u. öſterr. Alpenvereins; herausg. v. Peterſen. Jahrg. 1876 Nr. 3. 4. S. 154. (ſ. unten §. 8 A. 5).

6) Dr. Haſſenkamp die prähiſtoriſchen Alterthümer des nordiſchen Muſeums in Kopenhagen (Globus 1875. Bd. 28 Nr. 23. 24): Es tritt bei den däniſchen Funden „eine genaue Scheidung zwiſchen der Steinperiode, der Bronze- und Eiſenperiode zu Tage, während z. B. in Deutſchland

dogmatiſchen Zwecken Förderlichſte, von dieſer Ueberſicht, aus der s man mehr oder minder auch auf andere Länder zurückſchließen kann, hier einen Auszug zu geben.

1) Steinzeit. a) Die älteſten Culturerzeugniſſe: Kiökkenmöddinger. Nur Schalen eßbarer Muſcheln, insbeſ. Auſtern, die jetzt in der Oſtſee wegen deren zu geringen Salzgehalts nicht mehr fortkommen (die Oſtſee muß alſo damals nach dem Ocean hin offener geweſen ſein); Knochen von Urochſen, Biber, Hirſch, Reh, Wildſchwein; die Knochen ſorgfältig geſpalten zum Verzehren des Marks. Der Hund ſcheint das einzige Hausthier. [Im Zähmen der Thiere tritt, im Gegenſatz zum bloßen Erlegen, zuerſt eine höhere Stufe[7]) der Herrſchaft des Menſchen über die Thierwelt hervor; indem der Menſch das Thier daran gewöhnt, frei herumgehend doch wieder zu ihm zurückzukehren, entwickelt ſich eine ungemein erweiterte Sphäre menſchlicher Macht und ein außerordentlich erweiterter Eigenthumsbegriff im Gegenſatz zum erſten bloßen Erjagen des Thiers; P. 524: „Das Roß bezähmt zu haben, iſt das Verdienſt eines weit von Aegypten entlegenen Völkerkreiſes“; 545: „Die indoeuropäiſchen Völker kannten die altafrikaniſchen Hausthiere Eſel und Katze nicht“; 552: „Der Haushahn wanderte aus In-

Steinwerkzeuge, Bronzeſachen und Eiſen nebeneinander oft in demſelben Grabe gefunden werden, hier alſo eine derartige Scheidung nicht vorgenommen werden kann. Der Grund dieſer Verſchiedenheit iſt wohl hierin zu finden, daß, während durch Deutſchland ſchon früh Handelsleute hindurchzogen, welche den Handel mit dem Süden und Südoſten vermittelten und Deutſchland mit Culturerzeugniſſen dieſer Länder verſorgten, in Dänemark derartige Handelsverbindungen mit dem Süden viel ſpäter auftraten, daß ſich alſo hier vielmehr eine einheimiſche und darum eigenartige Cultur entwickeln konnte.“

7) P. 346: „... Die Abweſenheit aller Hufthiere, wodurch von vorn herein für die Menſchen die Möglichkeit ausgeſchloſſen war, ſich zu den höchſten Geſittungen zu erheben.“

Digitized by Google

3 dien über Perſien zunächſt nach Griechenland."] Steinwerkzeuge roh aus Feuerſtein zugehauen ohne Spur von Glättung [Aexte, Meißel, Schaber — Lanzen- und Pfeilſpitzen; — über die Entwicklung der Bewaffnung überhaupt: P. 188 ff.]; Knochengeräthe (Pfriemen, Ahlen und ein kanneartiges Geräth). Scherben großer Gefäße, die aus einem ſtark mit Sand vermengten Thon mit bloßer Hand geformt und an der Sonne getrocknet ſcheinen. Vom Rauch geſchwärzte Steine als Theile eines Feuerheerds deuten auf den Gebrauch des Feuers[8]).

b) Etwas jünger die Küſtenfunde zu Veſter-Egesburg (Seeland). Maſſenhafte Steinwerkzeuge, namentlich Schaber (zum Abſchaben der Thierhäute, Fleiſchabtrennung von den Knochen), Beile, Meſſer, Meißel, — jedes Werkzeug oft in Hunderten von Exemplaren; daneben mißlungene und unfertige, ſowie Feuerſteinabfälle; alſo eine Feuerſteingeräth-Werkſtatt. Aehnliche Funde auf den kleinen Inſeln Heſſels und Anholt im Kattegatt.

8) Ueber die Kenntniß der Feuerbereitung: P. 139 ff. — Die unendliche Bedeutung des Feuers für die Menſchheit hat ſie ſelbſt ſchon früh ſehr deutlich erkannt. Es ſpricht ſich dies am Schönſten in der griechiſchen Prometheusſage aus. Otfr. Müller Prolegomena (1825) S. 122: „Den vordenkenden Sinn hatte eine frühere Zeit ſchon zum Dämon perſonificirt, und als das Höchſte im Menſchen zum Repräſentanten des Menſchengeſchlechts in der Titaniſchen Welt gemacht. Die entgegengeſetzte, im Menſchengeſchlecht eben ſo wohl wahrzunehmende Eigenſchaft [Nachbedacht — Epimetheus] als Bruder ihm beizugeben war ebenfalls ſehr natürlich. Wer nun einſah, wie alle menſchliche Induſtrie vom Beſitz des Feuers abhing, wer aber zugleich von der Plage der Arbeit oft matt und müde war, und dabei, wie das ganze Alterthum, von einem verlorenen Paradies, von einer goldenen Zeit der Ruhe und des Friedens träumte, dem mußte der Heros der verſtändigen Thätigkeit das Feuer hervorgebracht, ... er mußte aber dadurch zugleich die Götter erzürnt haben, welche das unruhige und verwegene Streben des Menſchen mit dem Verluſt des alten Glücks ſtraften, und den kecken Menſchenverſtand ſelbſt, der immer über ſeine Grenzen ſpringen will, in Ketten und Banden legten."

Digitized by Google

c) Spätere Periode der Steinzeit mit schon sorgfältiger, 3
zum Theil bereits vollständig geglättetem Steingeräth.

α) Funde in den ältesten dänischen Grabdenkmälern, den „Jettenstuben" (Familiengrabkammern) und „Dolmen" (Grabkammern): Messer, Dolche, Aexte, Meißel, elegante Lanzen- und Pfeilspitzen aus Feuerstein, sorgfältig geglättete Hämmer aus Granit (oft sehr schön)[9]); zum Theil zerbrochen (um dem

9) Aus der Zeit, wo der Hammer die Hauptwaffe des Mannes war, also aus dieser späteren Periode der Steinzeit, stammt eine Rechtssitte, der Hammerwurf (oder auch Steinwurf), und die Hammertheilung, die Grimm als eine weitverzweigte germanische, bis in die neueren Zeiten sich fortziehende nachgewiesen hat (S. 55—68. 527); „ein Denkmal des ältesten deutschen Rechts, zu dem fast keine Geschichte hinauf reicht". „Der Gebrauch weiset bis dahin zurück, wo er gewöhnliches Geräth und Waffe war" [zugleich beweist der seit jenen Zeiten sich forterbende germanische Gebrauch, daß die Träger jener Hämmer der späteren Periode der Steinzeit schon indogermanischen Stammes waren]. „Der Hammer war ein heiliges Geräth [„noch späterhin gerichtliches Zeichen"], durch dessen Wurf das Recht auf Grund und Boden, auf Wasser und Flüsse oder andere Befugnisse bestimmt werden konnte" [man erkennt darin den Zustand, wo der Mann selbst sein Recht, das er durch seine Waffe aufrecht hält, durch die Tragweite seiner Waffe bestimmt; — etwas Aehnliches die moderne völkerrechtliche Bestimmung der Grenze auf der See durch Kanonenschußweite]. „Offenbar ist es nicht der erste Erwerb an Grund und Boden, welchen der Hammerwurf heiligt, vielmehr setzt er schon ein bestehendes Eigenthum oder Besitzthum voraus, von dessen Abgrenzung oder Befugniß gegen die Nachbarschaft und Mark es sich handelt." — Grimm setzt hinzu: „Aber ich finde nirgends bei Griechen und Römern, daß vom Werfen eines Steins, Speers oder Hammers rechtliche Bestimmungen abgehangen hätten, wie bei den alten Deutschen." Es wird mit darauf ankommen, ob im fr. 5 §. 10 de op. nov. nunc. 39. 1 die Worte: per manum id est lapilli iactum [ictum] Glossem sind oder nicht (Mommsen in seiner Ausg. Praef. p. LXXXVI; Windscheid, P. 4. Aufl. II. §. 465 Anm. 18); aber auch wenn das zu bejahen ist, so bleibt doch immer, daß der Römer die Anschauung hat, das Opponiren per manum könne in der Form eines „lapillum iactantis prohibendi gratia" erfolgen

Digitized by Google

3 Eigner in's Jenſeits zu folgen); — Ahlen und Pfriemen aus Schaafknochen; Perlen aus Bernſtein; wenige Urnen und Töpfe aus grauem Thon mit eingeritzten einfachen Verzierungen. Ueber dem Dolmen im Samſingerhügel bei Kallundborg eine die Grabkammern 3 Fuß hoch bedeckende Schicht von Speiſeabfällen, Muſchelſchaalen, Fiſchgräten, künſtlich zerſpaltene Knochen von Ochſen, Schaafen, Schweinen und Hunden [der Hund alſo nicht mehr alleiniges Hausthier], Rehen und Füchſen; Topfſcherben, Knochen- und Steingeräthe. — In den Steinkammern zu Borresby daneben auch künſtlich geſpaltene menſchliche Knochen [Beweis für den „Cannibalismus" bei Opfer- und Leichenfeiern? — Dieſer Cannibalismus iſt eine noch dunkle Frage; vgl. P. 169, Caes. B. G. VI. 16 und Festus: ver sacrum vovebant . . immolaturos . sed cum crudele videretur pueros ac puellas innocentes interficere (vgl. noch Mommſen R. G. S. 114. 172. 173); womit zu verbinden: die deutſche Anſicht vom Tödten der Alten vor dem Siechthum, Grimm S. 486 ff. und der römiſche Satz von den „sexagenarii de ponte"; Fest.: depontani].

β) Acker- und Moorfunde, beſonders in Jütland: ſorgfältig geglättete Granithämmer, gezahnte als Sägen dienende Inſtrumente, ſorgfältig bearbeitete Flintharpunen und Pfeilſpitzen, Aexte und Meſſer (darunter ein einziges ſichelförmiges), Thongefäße mit Schmuckſachen insbeſondere Perlen und Bernſteinſtücken.

2) Bronzezeit. Die Anwendung der Bronze iſt eine epochemachende Veränderung, wobei aber die Steininſtrumente, ins-

(fr. 20 §. 1 quod vi aut cl. 43. 24). — Bei Livius I. 32 (Grimm S. 163. — Dieſe Studien III. S. 260. 261) heißt es: Id ubi dixisset hastam in fines eorum emittebat; hoc tum modo ab Latinis repetitae res, ac bellum indictum: moremque eum posteri acceperunt. [Auch das icere des Steins beim Schwur kann hiemit zuſammenhängen, Festus v. lapidem].

Digitized by Google

besondere Hämmer, zum Theil noch fortbewahrt werden. Aus 3
Bronze gegossen nunmehr: schneidende Instrumente, Schutzwaffen (Helm und Schild), Schmuckgegenstände. — Jetzt tritt auch das Gold auf, theils massiv zu Schmucksachen, theils in dünnen Plättchen zur Waffenverzierung ausgehämmert.

a) Aeltere Zeit. Bestattung in Baumsärgen. — Fund bei Borum Esköi (bei Aarhus): weibliche Leiche mit im Moorboden vollständig erhaltener Kleidung, wollenem eng anliegenden Gewand [Tac. Germ. 17: veste non fluitante sed stricta et singulos artus exprimente], bronzene Heftnadel, Armringe, Kopfring, Dolch mit Handhabe aus Horn. — Fund auf dem Treenhöi und Kongshöi bei Vandrup und bei Boldeslev: Leichen in wollener Tracht, Bronzeschwerdter in zum Theil schönverzierten Holzscheiden [10]), Dolche, Bronzebeile (Palstäbe), Bronzeringe und -Nadeln. — Gleichzeitig etwa das durch Waffenfunde in Jütland und Seeland Gewonnene: schöne Bronzeärte (über einen Kern von gebranntem Thon sehr dünn gegossen, prächtig verziert, eine sehr hohe Stufe der Gießkunst repräsentirend), bronzene Pfeil- und Lanzenspitzen, Gewandnadeln, spiralförmige Ringe, Bänder von Schwerdtern, Gürtelhaken.

b) Spätere Zeit. Hier scheint der Leichenbrand Sitte gewesen zu sein (Knochenüberreste in Steinkisten, wobei zur Aufbewahrung die alten Steinkammern der Steinzeit ausgeräumt wurden). — Fund zu Maleghöi auf Seeland: Steinkiste mit

---

10) Das Beigegebenwerden von Geräth bei den Leichen ist der beste Beweis des Eigenthumsbegriffs; der Eigenthümer soll die Sachen mit in's Jenseits nehmen. Tacitus Germ. 27: sua cuique arma, quorundam igni et equus adiicitur. Grimm S. 451: „Auch die Frauen begleiteten den Ehemann in den Tod. Von dieser noch jetzt in Indien herrschenden Sitte finden sich noch unter den Skandinaviern und Herulern Spuren." — Bei den Galliern Mitverbranntwerden der Sklaven und Clienten, quos ab iis dilectos esse constabat. Caesar B. G. VI. 19.

Digitized by Google

verbrannten Knochen und mit Diadem und Dolchklinge aus Bronze. — Fund zu Hoidegaard bei Kopenhagen: Steinkiſte, worin eine Thierhaut, gebrannte Menſchenknochen in einen wollenen Mantel eingehüllt, ein Bronzeſchwerdt in einer mit Leder überzogenen Holzſcheide, bronzene Gewandnadel, und eine längliche Ledertaſche [darin ein hölzerner Würfel, eine Vogelklaue, ein Natterſchwanz, eine durchbohrte Schnecke, ein Lederbeutelchen mit kleinen Steinen u. ſ. w., alſo wohl die Beigabe bei der Leiche eines Arztes oder Zauberers]. — Erſt ſpäter und nicht häufig das Bergen der Knochenüberreſte in Graburnen aus grauem ſtark mit Sand vermiſchtem Thon geformt, ohne Verzierungen. Darin oft neben den Knochen: Nadeln, Spangen, Schwerdter aus Bronze [11]), deren Spitze bisweilen abſichtlich umgebogen (beigegebene Miniaturgegenſtände beſaßen wohl ſymboliſche Bedeutung). — In den Mooren Jütlands und Falſters gefunden: Metallſachen von feiner Arbeit und ausgebildeter Ornamentik (prachtvolle Bronzevaſen mit zuſammengenieteten Theilen, wonach man alſo die Kunſt des Löthens noch nicht kannte); große Blaſehörner wohl zu Schlachtſignalen; Bronzemeſſer mit Bildern von Thieren, Schiffen, Fiſchen, die Meſſerhandhaben als Thierköpfe insbeſondere von Pferden und Schwänen geſtaltet; auch das menſchliche Antlitz als Ornament von Ohrgehängen, Meſſergriffen, Schmucknadelknöpfen verwendet [der Typus aller dieſer Köpfe derſelbe: plattgedrückte Geſichter mit hervortretenden Kinnbacken und großen ringgezierten Ohren, — entſchieden abweichend vom germaniſchen Typus und auf einen mikrokephalen Volksſtamm hindeutend, wonach alſo dieſe Bronzeſachen wohl importirt oder einheimiſch nach fremden Muſtern gefertigt ſind]. — Funde von

11) P. 191: „Hinzufügen wollen wir gleich hier, daß in Europa bis jetzt die Erfindung der Schwerdter nicht höher hinaufreicht als in das Bronzezeitalter, während wir ſpäter anderwärts einen Fall kennen lernen werden, daß es auch Schwerdter in der Steinzeit geben kann."

Digitized by Google

ganzen Vorräthen von Metallarbeiten (zerbrochene zum Ein- 3
ſchmelzen beſtimmte Bronzeringe, Schwerdter, Meſſer, Sägen); thönerne Gußformen für Sägen, Palſtäbe, Meſſer, Nadeln. — In dieſer ſpäteren Bronzezeit hat die Bearbeitung des Goldes ſchon bedeutende Fortſchritte gemacht: elf goldene Schöpfgefäße (in einer Bronzevaſe verborgen — aus einem Moor in Fühnen) von ziemlich eleganter Form, zum Theil reich mit Ornamenten verſehen; ſechs goldene Schalen unter einem großen Stein verborgen (Fund auf der Inſel Munkö). — Knochen- und Bein-Geräthe aus dieſer Zeit ſeltener; Fund zu Viborg: eine prähiſtoriſche Werkſtatt für Beingeräthe mit maſſenhaften kreuzförmigen oft noch verzierten Knöpfen aus Bein, zahlreichen unvollendeten Stücken, unbearbeiteten Knochen und Abfällen. — Eigenthümliche Funde von kuchenähnlichen Maſſen aus vorzugsweiſe Birkentheer, wahrſcheinlich zum Kitten, vielleicht auch zur Fertigung eines Lacks für Schilde und Ledergegenſtände.

3) Eiſenzeit. Dieſe tritt ſchon in die hiſtoriſche Zeit ein. In der Bronzezeit zeigt ſich noch keine Spur von römiſcher Cultur, wogegen bei den Funden der Eiſenzeit oft römiſche Statuetten, Gefäße und Münzen auftauchen; die älteſten in däniſchen Gräbern gefundenen Silberdenare gehören dem Ende des zweiten nachchriſtlichen Jahrhunderts an. Damals war alſo das Eiſen ſchon in allgemeiner Verwendung. Im Gegenſatz zu den kurzen Bronzeſchwerdtern ſind die der Eiſenzeit lang und breit, einſchneidig und zweiſchneidig, ſpäter oft damascirt, die Griffe meiſt aus Holz, aber auch von Silber; eiſerne Lanzenſpitzen mit bisweilen noch erhaltenen Holzſchäften. Damals wird zuerſt das Silber in Dänemark verarbeitet; das Glas tritt auf, und zwar meiſt, wie es ſcheint durch Handel in's Land gekommen. Ueberhaupt zeigt ſich in der Eiſenzeit eine bedeutend höhere Cultur, wie z. B. der Fund (zu Nydam Moor in Schleswig) eines wohlgebauten vollſtändig ausgerüſteten Ruderbotes zeigt. Es erſcheinen jetzt

Digitized by Google

3 zuerst die Runen, die der ganzen Bronzeperiode durchaus fremd sind [Fund von Himsingöie: neben römischen Gefäßen und Geräthen eine bronzene mit Silber belegte Gewandnadel mit in Runenschrift eingeritztem Wort „Hariso"; — Fund zu Straarup, Jütland: Golddiadem mit eingeritztem Namen „Luthro". — Längere Runeninschriften gehören erst einer späteren Zeit an]. In die Eisenperiode, wenn auch erst späterer Zeit, fällt die erste Ausprägung von Münzen in Dänemark [goldene Bracteaten, nur auf Einer Seite geprägt und mit Oesen zum Tragen — also mehr zu Amuletten als Tauschmitteln bestimmt, — theils barbarische Nachahmungen römischer Münzen mit Nachbildung der lateinischen Buchstaben ohne Sinn und Verständniß, theils Münzen mit Runenschrift und Figuren aus der nordischen Göttersage]. — Die Leichenbestattung ist in der Eisenzeit gleichmäßig Beerdigung wie Verbrennung.

4 §. 4. Als Träger der im vorigen §. unter Nr. II zusammengefaßten Entwicklung sind, wie ich bereits bemerkte, schon die indogermanischen Völker anzusehen. Nur in kurzen Zügen gebe ich, soweit ich für das Folgende dessen bedarf, einen Ueberblick über Stellung und Entwicklung dieser merkwürdigsten aller Völkerfamilien der Menschheit.

Durch die neueren, insbesondere an den Darwinismus sich anknüpfenden, Untersuchungen ist Ein Punkt zu früher ungeahnter Festigkeit gelangt: die Entwicklung der Menschheit von Einem Schöpfungsheerde aus (P. 1—36). Auch für die Rechtswissenschaft hat derselbe eine fundamentale Bedeutung. Als die großen Gruppen, in die sich die Menschheit allmälig auseinandergelegt hat, stellt man jetzt meist die Siebenzahl der Racen auf, P. 337—557. Die eine von diesen sieben, die mittelländische Race, umfaßt (abgesehen von einigen noch nicht bestimmbaren Stämmen) die Hamiten, die Semiten und den indoeuropäischen Stamm, P. 540.

Digitized by Google

Man hat schon mehrfach versucht, die Sitten und Rechte 4
aller dieser Völker der gesammten Menschheit zusammenzustellen. Insbesondere Peschel hat uns in dieser Hinsicht S. 217—255 ein anziehendes Bild vorgeführt, und vom Standpunkt der Völkerkunde aus hat dies moderne ius gentium hohe Bedeutung. Aber wir dürfen darüber nicht vergessen, daß darin an sich noch kein juristischer Werth liegt. Zur Gewinnung dieses letzteren ist es nöthig, die inneren Gründe aufzudecken, aus denen sich das Recht in den Völkern so gestaltet hat, wie es uns entgegentritt. Erst wenn wir wissen, welches Recht in welchen Völkern, wenn auch inhaltlich sehr auseinandergehend, doch historisch zusammenhängt, — welches Recht umgekehrt, ohne historischen Zusammenhang, in Folge anderer Umstände doch zu gleichartigen Gestaltungen gelangt ist, und endlich — welches Recht, ohne historischen Zusammenhang und ohne äußerlich zusammentreibende Ursachen, nothwendig ganz disparate Standpunkte einnehmen muß, — erst dann sind wir auf dem Wege, das gesammte Weltrecht juristisch zu verstehen. Bis dahin aber ist es noch unsäglich weit, und vorgreifend jetzt schon die äußere Sammlung des Rechtes der Völker für Rechtswissenschaft ausgeben zu wollen, würde Dilettantismus sein[1]).

Anders aber liegt die Sache in Betreff des indogermanischen Stamms. Die Sprachforschung ist jetzt über ihn so weit gediehen, daß wir schon herantreten können an die Frage, ob sich namentlich in dem unter uns mit Eifer cultivirten römischen und germanischen Rechte ein gewisser Urstamm findet, dessen Verzweigung in die verschiedenen Völkerstränge sich historisch verfolgen

1) Am ersten wird sich schon jetzt eine gewisse juristische Argumentation bei der Ehe, als dem nothwendig bei allen Völkern vorkommenden Verhältniß, rücksichtlich ihrer rechtlichen Begründungsform aufstellen lassen; s. unten §. 5. b.

Digitized by Google

läßt, und der uns eine Ausbeute für die Klärung unserer juristischen Begriffe gewährt.

Zum Aufwerfen dieser Frage schicke ich die Data voraus, welche die neuere Sprachforschung als die geschichtliche Entwicklung der indogermanischen Völkerfamilie festgestellt hat[2]).

Die indogermanische Sprachsippe zerfällt in drei Gruppen: 1) „die asiatische oder arische Abtheilung, bestehend aus der indischen und der eranischen Sprachfamilie. Aeltester Repräsentant und Grundsprache der indischen Familie und älteste bekannte indogermanische Sprache überhaupt ist das altindische (die ältesten Theile des Veda); später in vereinfachter Form und nach gewissen Regeln als correcte Schriftsprache den Volksdialecten gegenüber festgesetzt, Sanskrit genannt." 2) „Die südwestliche europäische Abtheilung bestehend aus Griechisch, . . Italisch (die ältesten bekannten Formen dieser Familie das Lateinische . . das Umbrische und Oskische), Keltisch. Italisch und Keltisch sind einander ähnlicher als dem Griechischen." 3) „Die nördliche europäische Abtheilung, bestehend aus der slavischen Familie mit der sehr nahe verwandten litauischen, und der von beiden weiter abstehenden deutschen (gothisch, althochdeutsch, altnordisch)." — „Die indogermanische Ursprache theilte sich zuerst durch ungleiche Entwicklung in verschiedenen Theilen ihres Gebiets in zwei Theile, es schied nämlich von ihr aus das Slavodeutsche (die Sprache, welche später in Deutsch und Slavolitauisch auseinanderging); sodann theilte sich der zurückbleibende Stock der Ursprache, das Ariogräcoitalokeltische in Gräcoitalokeltisch und Arisch, von denen das erstere in Griechisch und Italokeltisch[3]) sich schied, das letztere,

2) Vgl. Aug. Schleicher Compendium der vergleichenden Grammatik der indogermanischen Sprachen. 2. Aufl. 1866. S. 1—9.

3) Anders in Betreff der Kelten Mommsen R. G. I. S. 11. 14. 81 (erste Aufl.); nachgebend S. 326 A. * (sechste Aufl.). Fortan ist, wo ohne

Digitized by Google

das Ariſche, aber noch lange vereint blieb. Später theilten ſich 4
Slavolitauiſch, Ariſch (Indoeraniſch) und Italokeltiſch nochmals.
.... Je öſtlicher ein indogermaniſches Volk wohnt, deſto mehr
Altes hat ſeine Sprache erhalten, je weſtlicher, deſto weniger
Altes und deſto mehr Neubildungen enthält ſie. Hieraus, wie
aus anderen Andeutungen folgt, daß die Slavodeutſchen zuerſt
ihre Wanderung nach Weſten antraten, dann folgten die Gräco-
italokelten; von den zurückbleibenden Ariern zogen ſich die Inder
ſüdoſtwärts, die Eranen breiteten ſich in der Richtung von Süd-
weſt aus. Die Heimath des indogermaniſchen Urvolks iſt ſomit
in Centralhochaſien zu ſuchen [4]). Nur von den Indern, die zu
allerletzt den Stammſitz verließen, wiſſen wir mit voller Sicher-
heit, daß ſie aus ihren ſpäteren Wohnſitzen ein ſtammfremdes
Volk verdrängten, aus deſſen Sprache Manches in die ihrige
überging. Von mehren der übrigen indogermaniſchen Völker iſt
Aehnliches theilweiſe in hohem Grade wahrſcheinlich [5])." —

beſondere Nebenbemerkung Mommſen's R(ömiſche) G(eſchichte) citirt wird, die ſechſte Aufl. des erſten Bandes (1874) gemeint.

4) Anders in Betreff der Oertlichkeit P. 544. 545.

5) Ueber die Vorgänger der Germanen oben §. 3 Nr. I. — Auch bei den Italern berichtet die Sage von Aboriginern. Festus: Aborigines appellati sunt, quod errantes convenerint in agrum, qui nunc est populi Romani; fuit enim gens antiquissima Italiae. Mommſen R. G. I. Cap. 2 vermuthet in dem japygiſchen Stamm, dem älteſten, der Spuren zurückgelaſſen hat, ſchon einen indogermaniſchen (1. Aufl. S. 9 — etwas anders 6. Aufl. S. 11 A. *). — Bei den Griechen ſind die Pelasger (Hauptſitze Peloponnes und Theſſalien) auch ſchon ſtammverwandt, zwiſchen ihrer Sprache und den älteren griechiſchen Dialekten beſteht kein weſentlicher Unterſchied. Die Hellenen beſtehen aus Aeolern (mit ihren Stammverwandten, den Achäern), Joniern, Dorern (wohl den urſprünglichen Hellenen). Durch den Heraklidenzug wurde die Macht der Aeoler gebrochen und die Dorer der leitende Stamm Griechenlands (1104 v. Chr.); C. Fr. Hermann Lehrb. d. griech. Staatsalterth. §. 7. 8. Die Dorer zogen in den Peloponnes über die Meerenge von Rhion. An der Küſte herumziehend, gelangten ſie dann

Digitized by Google

4 Es hat alſo in vorhiſtoriſcher Zeit eine Wanderung der indogermaniſchen Völker ſtattgefunden [nennen wir ſie, im Gegenſatz zu der „Völkerwanderung" der hiſtoriſchen Zeit, im Folgenden kurz den „Völkereinzug"], und dieſe Völker haben ſeit ihrer Feſtſetzung in den Ländern, die wir ſie im Beginn der hiſtoriſchen Zeit innehaben ſehen, ein eigenartiges Leben begonnen. Aber ſie „haben eine gemeinſame Urſprache geredet", und unſere jetzigen Sprachen tragen in allen ihren Theilen die Ueberreſte dieſer Urſprache mit ſich [6]). Alle die Wörter, die ich hier in der lateiniſchen Geſtalt anführe: et, que, ne, ab, per, pro, super, sub, ante, inter, — tu, me, se, ambo, duo, tres u. ſ. w.; dexter, scaevus, simul, novus, senex; caput, cerebrum, cor, venter, umbilicus, genu, os, dens, artus, unguis; taurus, vitulus, canis, anser, musca, formica, anguis, lupus, mus, ovis, avis, sus; ver, aurora, stella, humus, unda, imber, nubes, mensis; edo, eo, bibo, spuo, vomo, sopio, laboro, sto, do, dormio, sedeo, sudo, ago, maneo, audio; cella, vicus, ager, tectum, fores, fundus, pons, navis, ratis, vehiculum, stramen, domus, vestis, sero, suo, uro; deus, Zeus, tata, atta, pater, mater, frater, levir, socer, nurus, nepos; nomen, mors, dolus, vendo, pacio, aevum, — ſie alle ſtammen aus der Urſprache [7]). Und nun ſollten nicht auch noch Rechtsanſchauungen aus der Urzeit ſtammen? Und es ſollte nicht in

---

ſpäter nach Attika. „Die Achäer, die ſie verdrängen, entreißen ihrerſeits wieder den Joniern die Nordküſte, die ſeit jener Zeit Achaja heißt, die Jonier ziehen über Attika nach Kleinaſien;" Hermann §. 15—17.

6) Georg Curtius Grundzüge der griechiſchen Etymologie. 4. Aufl. (1873). — In der Folge citire ich dies Werk bloß mit des Verfaſſers Namen und der Nummer ſeiner Wortartikel.

7) Vgl. auch die Ueberſicht über die „Abſtammung der griechiſchen Sprache" in Koch's Griech. Schulgrammatik. 4. Aufl. (1876) S. 355—364.

Digitized by Google

dem, was sich in den einzelnen Völkersträngen juristisch Eigen- 4
artiges entwickelt hat, Vieles nur daraus erklärbar sein, daß alle diese Stränge ursprünglich in Einem Volksknoten vereinigt gewesen sind?

Ich will im Folgenden gar nicht Alles zusammenfassen, was auf den gemeinsamen Urstamm zurückweist. Ich will vielmehr nur das besprechen, woraus sich Data für das allmälige Werden einiger Hauptrechtsbegriffe der indogermanischen Völkerfamilie entnehmen lassen[8]). Wir werden sehen, daß der Entwicklungsgang nicht einer allgemeinen Theorie entspricht, daß er ein mühsames Emporringen aus rohesten Zuständen, ein erst successives Schaffen und Vereinigen von rechtlichen Begriffen ist, die uns heutzutage als einheitliche und festabgeschlossene durchaus selbstverständlich erscheinen. Insbesondere aber jene römische Theorie von den Urrechtszuständen (§. 1 Anm. 1—3) wird uns nur als eine naive und unschuldige Gedankenspielerei von Männern erscheinen, die ja allerdings von der geschichtlichen Entfaltung der indogermanischen Völkerfamilie keine Ahnung haben konnten.

Es wird indeß gut sein sich zu vergegenwärtigen, aus welcher Quelle die römische Theorie entsprungen ist. Ich finde die Quelle in jenem [wie Otfr. Müller sagt, — §. 3 Anm. 8] Traume „des ganzen Alterthums von einem verlorenen Paradies, von einer goldenen Zeit der Ruhe und des Friedens". Es bestand ursprünglich, sagt die Theorie, nur das ius naturale, welches cum ipso genere humano rerum natura prodidit (mag man es mit dem ius gentium identificiren, oder es ihm noch wieder voranstellen). Es gab noch keine Kriege (also es war die Zeit des allgemeinen Friedens), kein getrenntes Privateigenthum (also Alles gehörte

8) Ich lasse danach Vieles, was Grimm in seinen Rechtsalterthümern berührt hat, und was er in der Vorrede S. XIII. XIV übersichtlich zusammenstellt, unbesprochen.

Digitized by Google

noch Allen als Geſammteigenthum), die Aecker waren noch nicht getheilt, die Menſchen kannten noch keine Sklaverei, Handel und Verkehr war noch nicht eingerichtet. Das iſt in nüchterner juriſtiſcher Sprache daſſelbe, als was uns Tibull (Carm. Lib. I. El. 3. v. 35—48) in dichteriſchem Schmuck ſo vorträgt [9]):

Quam bene Saturno vivebant rege, prius quam
Tellus in longas est patefacta vias!
Nondum caeruleas pinus contemserat undas,
Effusum ventis praebueratque sinum,
Nec vagus ignotis repetens compendia terris
Presserat externa navita merce ratem.
Illo non validus subiit iuga tempore taurus;
Non domito frenos ore momordit equus;
Non domus ulla fores habuit; non fixus in agris,
Qui regeret certis finibus arva, lapis.
Ipsae mella dabant quercus, ultroque ferebant
Obvia securis ubera lactis oves.
Non acies, non ira fuit, non bella; nec ensem
Immiti saevus duxerat arte faber.
Nunc Iove sub domino caedes, nunc vulnera semper;
Nunc mare; nunc leti mille repente viae.

Dieſen antiken Traum träumt in ſeinem ganzen Umfange heutzutage Niemand mehr. Aber einzelnen Stücken deſſelben begegnet man in unſerer modernen Literatur noch mehrfach. Ich will hier nur die zwei mir letztaufgeſtoßenen anführen [10]).

9) Vgl. auch Ovid. Metam. I. 89 ff.

10) Huſchke Multa (1874) S. 390 A. 101 [vgl. auch meine Manc. u. Trad. (1865) S. 48 A. 7]: „Alle Verſuche der Neuern, die legis actiones auf civilrechtlich entſtandene Rechte zu beſchränken oder dem Unterſchiede, ob ſie iuris civilis oder iuris gentium ſind, wenigſtens irgend einen beſtimmenden Einfluß auf das Recht der legis actiones zuzuweiſen, beruhen auf einem allerdings weit verbreiteten und tief eingewurzelten Irrthum

Digitized by Google

über das ganze Verhältniß von ius gentium und ius civile in der Geneſis des Rechts, welche die der Natur der Sache entſprechende Auffaſſung der Alten (ius naturale et gentium antiquius iure civili) auf den Kopf ſtellt." — v. Scheel in der Münchener Krit. Vierteljſchr. XVIII. 3. S. 444: „Wie ſich unſer heutiges Privateigenthum erſt allmälig durch Gewalt, Glück, Geſetz, Gewohnheit aus dem Geſammteigenthum herausgebildet hat, ſo wenig iſt unſere heutige Eigenthumsordnung eine für immer fertige."

Digitized by Google

I.

Ehe.

I.

§. 5. Die Ehe trägt in sich ein reales, ein voluntares und ein ethisches Element.

I. Das reale Element. — 1) Die Ehe ist die Fortpflanzungsinstitution der Menschheit; sie ist die nothwendige Folge der durch die ganze organische Natur hindurch real gegebenen, und also auch die Menschheit mitumfassenden, Trennung der Geschlechter. Der Fortpflanzungstrieb, neben Hunger und Durst der stärkste aller menschlichen Naturtriebe, ist die sichere Garantie für den Fortbestand der Menschheit. (P. 227—229): „Die Erzeugung eines Nachwuchses kann nur nach dem Eintritt der Geschlechtsreife erfüllt werden, die bei dem weiblichen Geschlecht etwas früher als bei dem männlichen, in Nordeuropa etwa im 14. und 17. Lebensjahre, in Südeuropa etwas beschleunigter erreicht wird. In heißen Erdstrichen stellen sich die bekannten Merkmale noch zeitiger ein, in Aegypten bei Knaben von 12 bis 15, bei Mädchen von 11 bis 14 Jahren. Klunzinger, der kürzlich die Hochzeit eines solchen Kinderpaares in Oberägypten beschrieben hat, läßt daselbst Knaben von 15 bis 18 Jahren, Mädchen von 12 bis 14 Jahren heirathen, und fügt bedeutsam hinzu, daß solche in unseren Augen verfrühte Ehen doch in Bezug auf Kindersegen keine üblen Wirkungen wahrnehmen lassen." „Auch

Digitized by Google

Polarvölker erwerben frühzeitig das Vermögen der Geschlechtserneuerung. Bisher wurde dies hauptsächlich bei den Eskimo beobachtet, aber Adolf Erman hat neuerdings wieder daran erinnert, daß auf der aleutischen Insel Atcha der Knabe, sobald er die Baidare lenken, das Mädchen, sobald es fertig nähen kann, beide gewöhnlich mit dem 10. Lebensjahre zur Ehe schreiten. Eine physiologische Erklärung, warum bei größerer Annäherung an den Aequator und an den nördlichen Polarkreis der Zeitraum der Unreife sich verkürze, ist noch nicht gegeben worden." „Wo sich der Trieb der Natur zeitig regt, da welken auch früher die Reize und erlischt mit 30 oft mit 25 Jahren schon jeder Segen des weiblichen Körpers. Tacitus [Germ. 20: sera invenum venus eoque inexhausta pubertas; nec virgines festinantur; Caes. B. G. VI. 21.] spricht sicher eine richtige Erfahrung aus, wenn er die lange Jugenddauer bei unseren Vorfahren ihren späten Eheschließungen zuschreibt. Wo also durch Gewohnheit oder Satzung eine Verspätung des Heirathsalters gefordert wird, da müssen wir einen großen Fortschritt in der Selbsterziehung der Völker anerkennen."

Diese Bemerkung Peschels werden wir noch weiter erstrecken dürfen. Auch in Betreff der Polygamie, Polyandrie[1]), Mono-

1) P. 230: „Vielweiberei ist über ganz Africa verbreitet, sie war ebenfalls fast allen asiatischen Völkern verstattet, in America dagegen auffallend selten anzutreffen." 231: „Spärlicher verbreitet ist die Polyandrie ... unter den Völkern, welche den Uebergang bilden zwischen Asiaten und Americanern, nämlich bei den Eskimo, den Aleuten, Konjaken und Koluschen .. Sonst werden in America die Irokesen und etliche Stämme am Orinoco der Vielmännerei von Sir John Lubbock beschuldigt. In der Südsee soll sie bei den Maori Neu-Seelands und auf etlichen kleinen Inseln angetroffen worden sein. Häufiger kommt sie im südlichen Indien unter einzelnen Stämmen der Neilgherrigebirge vor, ... Fast genau so hielten es auch die alten Bewohner Britanniens zu Cäsars Zeiten" [Caesar. B. G. V 14].

I.

gamie giebt es eine Selbſterziehung der Völker. Nur monogamiſche Völker werden eine höhere Culturſtufe erreichen. Die Monogamie, die zur Erfüllung des Naturgeſetzes der Gewinnung zahlreicher Nachkommenſchaft völlig ausreicht, giebt andererſeits der Nation das hohe geſundheitliche Gut, daß durch die feſt begrenzte, alles Variiren ausſchließende, Ausübung des Geſchlechtstriebes dieſer Naturgewalt eine Mäßigung aufgelegt wird, die die Körper kräftigt, und damit der Nation den Geiſt des Sichſelbſtzügelns einimpft. P. 230: „Die Geſchichte ertheilt uns die Lehre, daß alle hochgeſtiegenen Völker die eheliche und überhaupt die geſchlechtliche Reinheit ſtreng gehütet haben, ſowie daß jeder Lockerung der Sitten die Zerrüttung der Geſellſchaft auf der Ferſe folgt.“ Muß man doch überhaupt die Aufgabe der lebenden Generation, die folgende hervorzubringen, gar nicht aus dem niedrigen Geſichtspunkte der Auskoſtung des Sinnenreizes auffaſſen [2]); ſie iſt die immer fortgeführte Erfüllung des Naturgeſetzes, das auf die Trennung der Geſchlechter den Beſtand der organiſchen Welt baute [3]).

Bei dieſer Function der Fortpflanzung der Menſchheit iſt

2) Die Zurückdrängung dieſer unſittlichen Auffaſſung kann bei rohen Völkern ſehr naive Form annehmen; P. 246: „Bei den Irokeſen und Huronen mußten junge Ehegatten ein ganzes Jahr wie Bruder und Schweſter zuſammen leben, um zu beweiſen, daß edlere Neigungen als die Befriedigung von Sinnenluſt ſie zuſammengeführt hätten.“

3) Wie man für die Urzeit von einer Gemeinſchaft Aller an allen Sachen geträumt hat (§. 4 a. E.), ſo hat man auch die Anſicht aufgeſtellt, daß anfangs in den Menſchenhorden Weibergemeinſchaft beſtanden habe (Hetärismus). Ich verweiſe auf die Widerlegung von Peſchel S. 238. Es iſt gerade umgekehrt bei den wilden Völkern überwiegend eine beſonders harte Sittenſtrenge zu beobachten; (Tacitus Germ. 18. 19. severa illic matrimonia). Nur muß man nicht die Wilden im Auge haben, die im Contact mit den civiliſirten Nationen, deren Laſter ſie zuerſt annehmen, degenerirt ſind.

Digitized by Google

der Mann der Zurücktretende. Die Frau betrachtet sich seit der copula carnalis, wie es auch in den Sprachen ausgedrückt wird, als eine fürs Leben Andere, sie kann in den Zustand der Jungfrauschaft nicht zurücktreten; ihre ganze Persönlichkeit wird von der Schwangerschaft, von der Aufzucht des Neugeborenen in Anspruch genommen. Daher bei vielen Völkern die besondere Ehre, die der fruchtbaren Frau zu Theil wird, daher manche zum Theil wunderliche Schutzinstitute für die Wöchnerin [wie namentlich das, wohl in sehr hohes (vgl. §. 3 Nr. I a. E.) Alter zurückreichende, Manneskindbett, die „couvade" der Basken; — P. 26. 27]. In dem natürlichen Entwicklungsgange der Kinderaufzucht liegt überhaupt schon für die ersten Lebenszustände der Urvölker der durch die Erfahrung unmittelbar sich rechtfertigende Antrieb zur Monogamie. P. 239: „Da die Jagd, die ursprünglichste Art des Nahrungserwerbes, nur ausnahmsweise von Frauen betrieben wird, so lag darin ein Zwang, daß die Aufzucht von Kindern nur glückte, wo Vater und Mutter sie in den zarten Jahren ernährten."

2) Vergleichen wir hiemit die Aussprüche der Römer über die in der Ehe liegende naturalis ratio: hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam iuris istius peritia censeri. Es ist diese Zusammenstellung nicht bloß eine Vergleichung. Es handelt sich um eine wirkliche Harmonie, welche die Natur für Thiere wie Menschen in der Theilung der Geschlechter und in der durch den Geschlechtstrieb gegebenen Vereinigung zum Zweck der Fortpflanzung aufgebaut hat; eine Harmonie, welche z. B. Darwin dazu berechtigt, gegen die behauptete Frauengemeinschaft bei den vorgeschichtlichen Menschen (A. 3) das Argument vorzubringen, daß (P. 239): „die Männchen vieler Säugethiere sehr eifersüchtig und mit Waffen

Digitized by Google

I.

zum Kampfe um die Weibchen ausgerüſtet ſind." Es iſt nun freilich ganz richtig, daß, wie Savigny ſagt, die Thiere in dieſer römiſchen Stelle nicht in den Kreis des Rechtes aufgenommen werden: „nicht das Recht ſondern die Materie des Rechts, das demſelben zum Grunde liegende Naturverhältniß wird den Thieren zugeſchrieben." Dieſe Materie des Rechts iſt die naturalis ratio; ſie iſt für Menſch und Thier in Betreff der coniunctio maris et feminae identiſch. Damit aber widerlegt ſich gerade, daß naturalis ratio „das der menſchlichen Natur eingepflanzte gemeinſame Rechtsbewußtſein" ſei. Die naturalis ratio iſt die, gerade abgeſehen von dem (bei den Thieren nicht vorhandenen) Rechtsbewußtſein, für Menſch und Thier gleichmäßig gegebene reale Naturordnung. Darin liegt zugleich, daß nach dieſer Naturordnung die maris et feminae coniunctio für Menſch wie Thier erſt eingetreten iſt, wenn das Paar die copula carnalis wirklich vollzogen hat. Jetzt erſt iſt auch für das Menſchenpaar die Ehe realiſirt, und es iſt entweder Prüderie oder juriſtiſche Verdrehung, wenn man nicht anerkennt, daß, ſo lange die Menſchenwelt beſteht, von Natur die Ehe in ihrer realen Wirklichkeit erſt mit Vollziehung der copula carnalis eingetreten iſt. Von da an iſt in nicht rückgängig zu machender Weiſe das Mädchen nicht mehr Jungfrau ſondern Frau, und danach führen ſogar „die Vedda auf Ceylon, bei denen wir noch die meiſten Reſte der Urzeit anzutreffen hoffen dürfen, das ſchöne Sprüchwort im Munde, nur der Tod vermöge Mann und Weib zu ſcheiden" (P. 239)[4]).

4) Auch nach indiſchem Recht galt die Ehe als unwiderruflich; Klenze Ztſchr. f. geſch. R. W. VI (1828) S. 137 A. 2. — Aus dem natürlichen Grundgedanken heraus, daß Zweck der Ehe: Erzeugung von Kindern (insbeſ. männlicher Deſcendenz oder „eines ächten Erben" Klenze S. 123, Grimm S. 443) iſt, erklärt ſich der merkwürdige, noch im deutſchen und griechiſchen Völkerſtrange lange fortbewahrte (Grimm S. 444. 445), indo-

Digitized by Google

Die naturalis ratio, die bei den Thieren als Instinkt auftritt, ist bei den Menschen mit Geistesfreiheit verbunden. Daher finden wir auf dem Boden der, Mensch und Thier verbindenden, naturalis ratio doch wiederum für die menschliche maris et feminae coniunctio eine ganze Welt von Dingen, die immer nur menschlich sind und dem Thier verschlossen bleiben. Aber das hindert, und auch ganz mit Recht, die Römer nicht, einen dahin gehörigen Punkt gelegentlich einfach für ius naturale zu erklären. So ist es für den menschlichen Geist etwas Widerstrebendes, daß die Blutmischung der Ehe zwischen denen stattfinde, die in naher Verwandtschaft gleiches Blut in ihren Adern tragen. Die Schaam, etwas den Thieren fast ganz Fremdes, hindert es. Das drückt Paulus in fr. 14 §. 2 de ritu nupt. 23. 2 so aus: unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere[5]).

3) Dies menschliche Schaamgefühl bedarf aber noch besonderer Berücksichtigung nach einer Seite hin, welche die, wenigstens in einem großem Kreise von Völkern uns entgegentretende, vielleicht urälteste Form der Eheschließung zu erklären im Stande ist. Von den verschiedensten Seiten her taucht als älteste Gestalt der Ehebegründung der Frauenraub auf (siehe

germanische Urrechtssatz, welchen auch das indische Recht aufweist, daß (Klenze S. 123. 124) „der Mann seiner Frau, wenn er unfähig war, durch einen seiner Sapindas einen Sohn zeugen lassen, oder selbst eine Wittwe sich von einem Sapinda ihres Mannes auf dessen Namen einen Sohn zeugen lassen konnte." — Vgl. noch: Zusatz am Schluß dieses Heftes.

5) Freilich beginnt mit diesem Begriff der Schaam ein unter den verschiedenen Völkern sehr variirendes Moment. P. 233 stellt die bekannten Fälle des Erlaubtgewesenseins von Heirathen unter Geschwistern oder des Sohns mit der Mutter zusammen.

Digitized by Google

I.

die Zuſammenſtellung bei Peſchel 233—236); und die Erklärung, die Peſchel dafür giebt, iſt eine höchſt plauſibele. Man bemerkt (P. 242) „gerade bei Völkerſchaften mit urzeitlichen Zuſtänden eine außerordentlich entwickelte Scheu vor blutſchänderiſchen Ehen.“ In den früheſten Zeiten der erſt in Sippen oder Horden, noch nicht in größere Völkercomplexe, auseinander gegangenen Menſchheit mußte das Gefühl der Blutsgemeinſchaft innerhalb der Horde noch lebendig ſein. Alſo für die Auffaſſung, die uns ſpäter begegnet, daß nur unter Stammesgenoſſen connubium gilt, iſt in früheſter Zeit noch gar kein Raum. Gerade umgekehrt: man darf nicht im eigenen Stamm heirathen, man muß das Mädchen unter dem nichtgemeinſamen Blut ſuchen. Draußen aber über den Stamm hinaus ſind Fremde, d. h. Feinde. Was man ihnen gegenüber rechtlich erlangt haben will, muß man kampfmäßig geraubt haben. So entſteht der Urrechtsbegriff der Ehebegründung durch Raub. Es iſt nicht im wirklichen Sinne kriegsrechtlicher Raub, der die Geraubte als Sklavin erſcheinen laſſen würde. So niedrig man auch die Stellung der Frau in den Urzuſtänden ſich zu denken hat, man wird immer einen gewiſſen Unterſchied gemacht haben zwiſchen der um der Ehe willen geraubten Genoſſin von Haus und Bett und der geknechteten Dienerin. Aber es iſt die Herüberziehung eines ſchon beſtehenden Rechtsbegriffs auf einen anderen Punkt, den man rechtlich feſtſtellen will; vielleicht die erſte „juriſtiſche Conſtruction“, zu der ſich überhaupt die Menſchheit emporgeſchwungen hat.

4) Die im Hauſe aufwachſenden Kinder ſtehen nach der Auffaſſung der meiſten Völker unter der Macht des das Haus zuſammenhaltenden Hausherrn. Aber die Geſtaltung dieſer Hausgewalt hat ſich in den einzelnen Völkern, insbeſondere auch den Völkerſträngen der indoeuropäiſchen Familie, ſehr verſchieden geſtaltet. P. 243: „Gegenwärtig gebührt faſt allerorten dem Erzeuger die väterliche Gewalt über ſeine Nachkommen, auch übt er

Digitized by Google

bei roheren Völkern faſt ſtets über die Frau die Rechte eines Leibherrn aus. Dennoch giebt es eine Mehrzahl von Völkerſchaften, bei denen alle Familienrechte von der Mutter abgeleitet werden.“ [6])

Den Römern erſcheint dieſe väterliche Gewalt als ein Ausfluß ihres ius civile. Dem gegenüber bezeichnen ſie die rein natürlich gegebene Blutsgemeinſchaft, d. h. alſo das lediglich auf der realen Naturordnung (naturalis ratio) ruhende Band des durch Geburt Zuſammenhängens als die naturalis cognatio (fr. 4 §. 2, fr. 10 §. 4 de gradibus 38. 10). Dieſes auf der realen Blutsgemeinſchaft beruhende Band faſſen ſie dann (ebenſo wie dort bei der Ehe) nicht bloß als ein thieriſches, woraus lediglich die liberorum procreatio und (auch eine gewiſſe Ernährung enthaltende) educatio folgen würde, ſondern als ein auf dem Boden der, Menſch und Thier verbindenden, naturalis ratio ſtehendes menſchlich-geiſtiges. Danach ſagen ſie denn, daß nach einem (jenem pudor bei der Ehe gleichartigen) Pietätsgefühle naturali ratione auch der Vater vom Kinde ernährt werden müſſe (fr. 5 §. 16 de adgn. et al. lib. 25. 3, vgl. Beil. Nr. A

6) Es liegt nicht in meinem Plan, hierauf weiter einzugehen [über das von J. J. Bachofen behauptete Mutterrecht ſ. P. 244]. — Höchſt merkwürdig iſt noch das nach P. 239 ff. von dem Amerikaner Lewis Morgan aus 139 amerikaniſchen, aſiatiſchen, malaiiſchen und europäiſchen Sprachen ermittelte Recht der Verwandtſchaftsbeſtimmung in dieſen Völkern: „Die Abkömmlinge eines gemeinſamen Ahnherrn oder einer gemeinſamen Ahnmutter geben ſich, wenn ſie derſelben Geſchlechtsfolge angehören, den Namen Bruder oder Schweſter, ſie nennen ſämmtliche Zugehörige der nächſtfrüheren Geſchlechtsfolge Väter, und die der nächſtfolgenden Söhne. Es wird alſo ein Mann Brüder nennen: nicht bloß alle Söhne ſeines Vaters, ſondern auch die Söhne des Vatersbruders und alle Enkel ſeines Großonkels. Er wird ferner als Sohn nicht bloß anreden den eigenen Leibeserben, ſondern alle Söhne ſeiner Brüder, alle Enkel des Vatersbruders, alle Großenkel des Großonkels“ u. ſ. w.

Digitized by Google

I.

XIV. 1.). Ihr Begriff von naturalis ratio als der realen Naturordnung ist hier also immer ganz streng festgehalten.

Daß die naturale Blutsgemeinschaft zunächst in der römischen Rechtsordnung, gegenüber der agnatischen Verwandtschaft, noch wenig Raum gehabt, und erst allmälig sich ein umfänglicheres juristisches Gebiet errungen hat, ist hier nicht von mir zu erörtern. Unter diesen errungenen Rechten steht die b. p. unde cognati [für den Cognatenkreis bis zu den Sobrinen, 6ter Grad, — und ausnahmsweise noch 7ter Grad] als Ausgangspunkt einer großen weiteren Entwicklung da; fr. 1 §. 3 unde cogn. 38. 8. Es ist aber damit dieser bis zu den Sobrinen gehende Cognatenkreis vom Prätor nicht erst geschaffen. Derselbe war vielmehr, wie Klenze (Zeitschrift f. gesch. R. W. VI. S. 1 ff. s. bes. S. 32) festgestellt hat, eine durch das ius osculi zusammengehaltene, insbesondere in Eheverboten, Familiengerichten und Trauerpflicht wirksame, altitalische Familiengenossenschaft (vgl. auch §. 2. Anm. 1 Nr. 1), die gleichartig auch in Griechenland (S. 139 ff.) vorkommt. Danach läßt sich annehmen, daß die Wurzeln dieser in beiden Völkersträngen bestehenden Genossenschaft schon in das Urvolk zurückreichen werden. Aber den Versuch Klenzes, die Cognaten mit ihrer 6. Grad-Begrenzung auf das indische Sapindaerbrecht zurückzuführen (S. 120 ff.), muß man als ganz mißlungen und sich selbst widerlegend bezeichnen. Das Sapindaerbrecht ist die zur Perpetuirung der Sacra (Sradd'ha — d. h. der Versöhnungsopfer für die Seele des Verstorbenen) aufgestellte, immer nach 3 Graden der Sradd'hadescendenz auf eine neue Stufe springende, Intestaterbfolge [für: a) die dreigradige Sradd'hadescendenz des Verstorbenen (Sohn, Sohnessohn und Sohnesenkel); b) Vater, Mutter und Vaters Sradd'hadescendenz (Sohn, Sohnessohn und Sohnesenkel); c) Großvater und dessen Frau und dessen Sradd'hadescendenz; d) Urgroßvater, dessen Frau und dessen Sradd'hadescen-

Digitized by Google

denz; e) mütterlicher Großvater und deſſen Sradd'hadeſcendenz; 5
f) die männlichen Deſcendenten des Verſtorbenen hinter der Sradd'hadeſcendenz alſo: vom 4.—6. Grad; g) die ferneren männlichen Aſcendenten des Verſtorbenen (ohne ihre Frauen), bez. ihre Sradd'hadeſcendenz]. Dies Erbrecht iſt, gerade im Gegenſatz zu Klenzes Behauptung [7]), das indiſche Product des aus dem Urvolke herſtammenden, im griechiſchen wie italiſchen Völkerſtrange ebenfalls fortlebenden, ſacral-agnatiſchen Inteſtaterbrechts (ſ. unten §. 7).

§. 6. — II. Das voluntare Element. — Im Bisherigen 6
mußte ich mehrfach den Blick über den Kreis der indogermaniſchen Völkerfamilie hinausſchweifen laſſen. Ich beſchränke mich fortan ganz auf die indogermaniſche „Welt". Man kann ſie wohl ſo nennen, wenn man ſie auch dabei im Vergleich zu der Maſſe anderer Völker mit G. Curtius als „winzig" bezeichnen mag. Abgeſehen vom Judenthum, liegt das geiſtig Größte der menſchheitlichen Entwicklung in ihr.

Die menſchliche maris et feminae coniunctio muß, als auf menſchlicher Geiſtesfreiheit beruhend, nothwendig durch den Willen der Betheiligten geſchloſſen werden. So lange die Ehebegründung durch den Mädchenraub geſchah, iſt freilich activ Betheiligter nur der Räuber. Aber in der indogermaniſchen Völkerfamilie deuten auf den Mädchenraub als auf eine vergangene Periode nur noch Traditionen aus der Vergangenheit [1]). Das

---

7) Ueberhaupt verfällt die Klenze'ſche, ſonſt ſo anregende, Abhandlung nach verſchiedenen Richtungen hin dem Spruche: „wer zu Viel ſagt, ſagt Nichts".

1) Insbeſondere bei dem erſtabgezogenen Völkerſtrange, dem germaniſchen, treten die Traditionen, und auch wohl das Individualvergnügen an gewaltſamer Entführung, noch am ſtärkſten hervor. Hier finden ſich deßhalb die meiſten Strafandrohungen für den Raub. Grimm S. 440. Eine Hindeutung auf das frühere Erlaubtſein liegt in dem von Grimm ange-

Digitized by Google

I.
6 allgemeine indogermaniſche Nationalrecht war, daß das Mädchen durch Kauf, alſo durch friedlichen Vertrag des Manns mit denen, die die Macht über das Mädchen haben [denn das Mädchen ſelbſt ward in jenen rohen Zeiten noch nicht gefragt], zur Ehe erworben wird. Wo dieſer Satz in hiſtoriſchen Zeiten als bloße Rechtsform (imaginärer oder Scheinkauf) uns entgegen tritt, da haben wir immer den Schluß zu ziehen, daß in früheren Zeiten ein wirklicher Kauf in Geltung war. Aber auch wo wirklicher Kauf ſtattfand, haben wir nicht daraus den Schluß des Nichtjuriſten Peſchel zu ziehen (236): „das Weib geht dann in das Eigenthum des Mannes über und kann von ihm auf einen Rechtsnachfolger übertragen werden.“ Es iſt auch hier, wie ich oben ſchon in Betreff des Mädchenraubes ſagte, „juriſtiſche Conſtruction“, Anwendung eines ſchon feſtſtehenden Rechtsbegriffs auf ein anderes Verhältniß, das man damit rechtlich ſicher feſtſtellen will. Freilich erheben ſich damit eine Menge weiterer Fragen, auf deren Beſprechung ich aber hier verzichten muß.

Ich ſagte, es war indogermaniſches Nationalrecht. Es galt bei den Germanen (Grimm S. 420 ff.; Sohm R. d. Eheſchl. S. 50 ff., Trauung u. Verlob. S. 13 ff.); bei den Römern als

führten Frieſ. R., welches den Ausgang der Sache in die Wahl der Braut legt. Die Braut wird dem Entführer für drei Nächte genommen, dann auf dem Gerichtsplatz zwiſchen ihre Verwandten und den Räuber geſtellt. „Geht ſie zu dieſem, ſo gilt die Ehe und keine Strafe hat ſtatt.“ — Rückſichtlich des italiſchen Volksſtranges iſt die in der Sage vom Raub der Sabinerinnen liegende Tradition allbekannt; vgl. noch Festus: rapi simulatur virgo ex gremio matris, aut, si ea non est, ex proxima necessitudine, cum ad virum trahitur. — Im Griechiſchen liegt die Tradition im Wort; (Curtius 260) während der (durch Kriegsraub erworbene, alſo gebändigte) Sklav: δμώς heißt, ſo heißt δάμαρ: Gattin, alſo „die Gebändigte“. — Ein Ueberreſt der Ehebegründung durch Raub kann auch noch in der coelibaris hasta ſtecken, vgl. Festus v. coelibari.

Digitized by Google

coemtio [2]); bei den Griechen (Grimm S. 421, 430, Klenze S. 169 Anm. 3); bei den Indern (Klenze S. 137, 169); bei den Russen (Grimm S. 421; Curtius 448: věno (Kaufpreis) ksl. = dos). — Aber nicht bloß die römische coemtio (oder wenigstens die etwa ihr vorhergehende Kaufform) ist aus dem indogermanischen Urvolk; auch die bei ihrer confarreatio [3]) verwendete Verbindung durch Wasser und Feuer gehört dem Urvolk an (Serv. ad Virg. Aen. IV. 103: ut aqua et igni adhibitis, duobus maximis elementis, natura coniuncta habeatur; derselbe Satz gilt auch im indischen Recht: Klenze S. 138 A. 2). — Aber nicht bloß dies. Sohm hat ausgeführt (vgl. übrigens auch Grimm S. 440), daß man für das deutsche Recht zwischen Schließung (Verlobung) und Vollziehung der Ehe unterscheiden müsse. Diese Vollziehung ist zunächst: die copula carnalis; aber sie wird verdeckt durch die feierlichen Acte der Trauung (Uebergabe des Mädchens an den Mann) und der traductio ad domum (Heimführung). So stellen sich also äußerlich einander gegenüber: eheschließende Verlobung und Trauung mit Heimführung. Dies tritt nun auch im italischen und griechischen Völkerstrange hervor. Die traductio ad domum geschah nach uralter Sitte unter Verhüllung (nubere, sich dem Manne verschleiern) des Mädchens, die sich nachher dem Gatten enthüllte. „Zur vollen Rechtsbeständigkeit einer Ehe [sagt

2) Neustens wird dies, aus unzutreffenden Gründen, von Bechmann Kauf I (1876) S. 164. 165 geläugnet.

3) Das Wort confarreatio trägt die sicher dem indogermanischen Urvolk angehörige Wurzel bhar in sich. Curtius 411: die zweite Bedeutung derselben ist: „tragen mit Bezug auf die Wirkung, Ertrag"; skt. bharâmi tragen; gr. φορά Ertrag; lat. far, farina; goth. barizeins aus Gerste; agl. bere Gerste; ir. bar Getreide; altir. bairgen (panis). „Die frühere allgemeinere Geltung ergiebt sich schon aus farina, wodurch die Verschiedenheit der Getreideart vom goth. *baris weniger auffallend wird."

Digitized by Google

I.

6 K. Fr. Hermann griech. Staatsalterth. §. 119] gehörte das vorgängige Verlöbniß von Seiten deſſen, in deſſen Gewalt ſich rechtlich die zu Verheirathende befand, mithin des Vaters oder Großvaters, in deren Ermangelung aber des Bruders, oder ſonſt des nächſten männlichen Agnaten oder beſtellten Vormundes; der Mangel dieſer Förmlichkeit (ἐγγύησις) ſchloß die Kinder als illegitime von der Phratrie des Vaters und damit auch von allen Erbanſprüchen aus; ſtaatsrechtliche Nachtheile konnte derſelbe jedoch für Kinder eines Bürgers mit einer Bürgerin wohl ſchwerlich haben." Alſo die νυμφευομένη wird verſchleiert [4]), aber dieſes „nubere" iſt eheſchließendes Verlöbniß, ohne welches die Kinder unehelich ſind; die ἀνακαλυπτήρια iſt die Hochzeit, die nach der Heimführung eintretende Entſchleierung deutet an, daß nun die copula carnalis geſtattet iſt.

Bei dem italiſchen Strange hat ſich dies dahin geändert, daß dieſe juriſtiſch wohl ſchon damals vorſichtigen Leute das Verlöbniß in eine beſondere klagbare sponsio faßten [5]). Damit iſt das „nubere" („nuptiae" = Verſchleierung und Entſchleierung) zum

---

4) Otfr. Müllers Archäologie §. 352: „Seit alter Zeit war der Schleier, welchen die dem Manne verlobte Jungfrau (νυμφευομένη) zum Zeichen ihrer Trennung von dem übrigen Leben annimmt, das Hauptattribut der Hera; in alten Holzbildern verhüllte er oft [auch in Argos vor Polyklet] die ganze Geſtalt; auch Phidias charakteriſirt die Hera am Fries des Parthenon durch das Zurückſchlagen des Schleiers (die bräutliche ἀνακαλυπτήρια)." Prolegomena (1825) S. 155: „Die Stadt Theben ſoll, wie uns Euphorions Sagengelehrſamkeit berichtet, Zeus der Kora geſchenkt haben, an dem Tage, da ſie zuerſt ihrem Bräutigam zu Gunſten den bräutlichen Schleier vom Geſicht zog. — Die Handlung der Braut hieß ἀνακαλυπτήρια und gab unter dem griechiſchen Volk auch ſonſt Anlaß zu Geſchenken."

5) S. die Beweisſtellen bei Danz R. G. (2. Aufl.) I S. 152 Nr. 644. 645. Bruns font. p. 268 (Spondere) 277 (Spondere) 297. 301 (26). Dieſe Klagbarkeit erhielt ſich länger in den latiniſchen Gemeinden als in Rom.

Digitized by Google

vereinigten Beſtandtheil der herkömmlichen in domum deductio 6
(fr. 5 de ritu nupt. 23. 2) geworden, der man aber als einer nicht nothwendigen Förmlichkeit als weſentliches Moment der Eheſchließung den consensus nuptialis ſubſtituirte (fr. 2 eod.). Statt jener formellen Sponſio wurde dann ein nudus consensus Sitte; fr. 2—4 de sponsal. 23. 1 [6]).

Aber auch der germaniſche Völkerſtrang hat den Schleier fortgetragen. Grimm S. 443: „Die Neuvermählte läßt nicht mehr das Haar fliegen, ſondern ſchlägt es in Knoten zurück und bindet ihr Haupt.“ „Die Frau im Schleier, unter der Haube, iſt die Gebundene.“ Daher nimmt die Nonne als Braut Chriſti den Schleier; daher ſagt man noch heutzutage von der ſich verheirathenden Frau: „ſie kommt unter die Haube“. Und unſere den „Brautſchleier“ ausbietenden Modemagazine bezeugen noch immer die durch alle die Jahrtauſende von dem indogermaniſchen Urvolk herſtammende Sitte.

§. 7. — III. Das ethiſche Element. — Je höher die Sitt- 7
lichkeit in einem Volke ſteigt, um ſo mehr wird die Frau zu dem Manne auf gleiche Stufe emporgehoben, um ſo mehr ſtellt ſich die Ehe als eine Genoſſenſchaft Gleichſtehender heraus. Jenes reale Fortpflanzungselement der Ehe wird damit nicht geändert oder zurückgedrängt, aber es wird mehr verſchleiert und von dem freiſittlichen „genoſſenſchaftlichen“ Element, wonach die Ehe als weſentlich ein fürs Leben geltendes und um der Ehegatten ſelbſt willen geſchloſſenes Band erſcheint, gleichſam zugedeckt. Kinderloſe Ehen gelten dann von dieſem Standpunkte aus nicht mehr, wie ſie der naktreale Standpunkt roher Völker auffaßt, als verfehlte Verhältniſſe, woraus der Mann die Frau verſtoßen kann,

6) Wie dies formloſe „ehevorbereitende“ Verlöbniß dann bei uns in Deutſchland zur Geltung gekommen iſt, habe ich in dem Artikel „Recht der Eheſchließung“ in der Allg. Ev. Luth. Kirchenzeitung 1876 Nr. 31 (4. Aug.) erörtert.

Digitized by Google

I.
7 sondern sie stehen den beerbten Ehen an sittlicher Würde gleich. Es erwächst unter den Ehegatten die zarte und beseligende Blüthe der Liebe, von der in rohen Völkern noch nicht die Rede ist, und die eheliche Fortpflanzungsfunktion wird, als Geheimniß des Hauses, zu einem Elemente der Ehe, von dem Gesetz und Gesellschaft nur in seinen Wirkungen Notiz nimmt.

Das ist der befreiende Einfluß steigender Sittlichkeit auf die Ehe. Ich will, obgleich sich darüber noch Viel sagen läßt, dabei nicht verweilen. Aber es ist nöthig für meine Zwecke, daß ich noch eingehender die Sache vom entgegengesetzten Standpunkte aus beleuchte. Die Ehe empfängt nicht bloß, sie giebt auch. Sie ist eins der sittigendsten Elemente in der Menschheit. Sie erzieht den Menschen erst zu feineren Gefühlen, zu höherer Humanität, und was die Sittlichkeit befreiend der Ehe gewährt, das hat sie zum großen Theil von den im Laufe der Generationen mit allen den unzählbaren Erfahrungen durchlebten Ehen erst erhalten. Die Ehe, das ist eine Erfahrung jedes Ehegatten, ist ein Geschick seiner Person, das ihm eine ganze Summe von Lebensansichten überhaupt erst erzeugt hat.

Mit der Einsicht, daß die Ehe ein ihm zu Theil gewordenes Geschick sei, wird der Mensch nothwendig auf das von der Ehe untrennbare religiöse Element geführt. An sich ist hier für ihn ein rein negatives oder umgekehrt ein positives Resultat denkbar. Stellen wir uns unmittelbar in unsere Gegenwart; nehmen wir ein Ehepaar modernster Färbung, das als Gott nur einen pantheistischen Complex persönlich-unbewußter Naturgesetze anerkennt. Ich setze ein Paar voraus, das in ernstem Wollen ohne Heuchelei dem, was es für „das Gute" hält, nachlebt. Ich muß von meinem dogmatisch-analytischen Standpunkte, der alles Bestehende mit seinem eigenen Maaß zu messen sucht, anerkennen, daß solch ein Paar eine durchaus tüchtige und nutzenbringende Ehe zu durchleben im Stande sein wird. Irgend eine festliche Weihe bei

Digitized by Google

Eingehung des Verhältnisses, und herzliche Wünsche seitens der 7
Naheſtehenden, daß dieſer Ehe ein glückliches Loos von dem „unbewußten" Geſchick zu Theil werden möge, wird auch ein ſolches Paar nicht verſchmähen, wenngleich es ſich vom kirchlichen Segen fern hält. — Andererſeits ein Paar, das ſich die Welt nicht denken kann ohne eine bewußt-perſönliche Gottheit, die auch dieſe Ehe leiten wird und zu der man um den göttlichen Segen beten kann, wird und muß es als unerläßlich betrachten, daß ihnen als Gliedern einer Kirche ihre Ehe vom Diener des Worts unter Gebet dem göttlichen Schutz, der den Bittenden gegeben wird, unterſtellt werde. So entſteht, auch wenn das bürgerliche Geſetz eine Civilform für die Ehe feſtſtellt, die Nothwendigkeit einer kirchlichen Handlung für alle Glieder der Kirche. So erklärt ſich auch, daß die chriſtliche Kirche ſeit dem 13. Jahrh. ihre Mitwirkung mittelſt der kirchlichen Trauung zur Geltung gebracht hat. Und welche Wirkung hat eine chriſtliche Ehe? Ich ſetze auch hier ein Ehepaar voraus, das in ernſtem Willen ohne Heuchelei ſeine chriſtliche Ueberzeugung in ſeiner Ehe auslebt. Das chriſtliche Ideal iſt ein ſo hohes [1]), daß man nicht von Erreichbarkeit, nur von Nachſtreben wird reden können. Auch nichtchriſtliche Ehen vermögen einen ſittigenden Einfluß auf Mit- und Nachwelt zu üben; aber ſelbſt der Nichtchriſt wird einräumen, daß der Einfluß der ſeit bald zwei Jahrtauſenden doch nach Millionen zählenden chriſtlichen Ehepaare, die in ſtiller Beſcheidenheit, ſo wie ſie ſollen: keuſch, in ſelbſtloſer Hingebung, zu ihrer gegenſeitigen ſittlichen Beſſerung ihre Ehe durchlebt haben, — für die allmälige Höherhebung der menſchlichen Geſellſchaft ein gar nicht abſchätzbarer Factor geweſen ſind. In dieſen Dingen muß, im höchſten Sinn verſtanden, nach dem

1) Epheſer 5, 25—33: Luthers Traubüchlein (Bekenntnißſchriften der ev. luth. K. 3. Aufl. Berlin 1855 S. 304); „Ihr Männer, liebet eure Weiber, gleichwie Chriſtus geliebet hat die Gemeinde."

Digitized by Google

I.

7 Erfolge geurtheilt werden. Auf dem Boden, der die reinſten beglückendſten Früchte erzeugt hat, wird auch wohl das Ziel ſtehen, dem die Menſchheit, wenn ſie höher ſteigen will, in der Ehe nachſtreben muß. —

Ich kehre aus unſeren neueren Zeiten in das früheſte indogermaniſche Alterthum zurück, um die ſittigende, erziehende Wirkung der Ehe auf den Geiſt unſerer Urvölker zu verfolgen. In der Ehe iſt den Indogermanen der Begriff vom Frieden, von der Heiligkeit des Hauſes erwachſen. Aus der empfangenden Frau hat ſich ihnen überhaupt ein Geſammtbegriff deſſen entwickelt, was von geiſtigen Dingen weiblichen Charakters iſt[2]). Das Haus iſt nach indogermaniſchen, überhaupt auf tiefe

2) Die Einwirkungen der Ehe auf die geiſtigen Anſchauungen der Urvölker ſpricht ſich beſonders deutlich in der griechiſchen Mythologie aus. Otfr. Müller Prolegomena S. 276: „Ich will dabei nur noch daran erinnern, daß man auch bei der Eintheilung aller mythologiſchen Weſen in männliche und weibliche — eine Mittelgattung kennt das eigentliche alte Griechenvolk ſchwerlich, — in keinem Falle dem Zufall gefolgt ſein kann. In eigentlichen Naturreligionen iſt bekanntlich der Mann das thätige, die Frau das empfangende Princip; um aber durch die ganze Mythologie davon Rechenſchaft geben zu können, warum ein mythiſches Weſen Mann oder Weib ſei, wird die Bedeutung der Geſchlechter für die vorgeſchichtliche Zeit erſt vollſtändiger ergründet werden müſſen. Statt des Prometheus hätte man z. B. auch eine Prometheia ſetzen können, wenn der nie raſtende Verſtand nicht nothwendig hätte ein Mann ſein müſſen; die göttliche Vorſehung dagegen, ein Schickſalsweſen, bezeichnet Alkman ſchön mit dem weiblichen Worte. Warum aber das Schickſal durchaus immer weiblich perſonificirt wird als: Μοῖρα, Αἶσα, Κήρ, Ἀνάγκη, Εἱμαρμένη, Νέμεσις, Κατακλῶδες u. ſ. w. — denn μόρος kommt bei Homer gar nicht als Perſon, bei Heſiod nur als Tod vor, — ſieht man ein, wenn man bedenkt, daß die ſtille, vorbereitende, ſpinnende Thätigkeit, das Verborgene, Verſchloſſene, Unſichtbare ſich weit mehr für weiblichen als männlichen Charakter eignet. Ebenſo verſteht man gewiß, warum die Geſangsgottheiten Μῶσαι und keine Μῶντες ſind, wenn man weiß, daß das Alterthum die weibliche Seele

Religiosität gebauten, Grundbegriffen ein unter sacralem Schutz 7
stehendes. Würden die Sacra aufhören, so würde Glück und Bestand des Hauses stürzen. Der Hausvater hält durch seine Persönlichkeit das Haus zusammen; stirbt er, so ist beim Eintritt des neuen Hausvaters, auf dessen Erzeugung ja die Ehe ausgeht (§. 5 Anm. 4), vor Allem zur Aufrechthaltung des Hauses die pünktliche Erfüllung der sacra [quorum, kann man schon für die Urzeiten, denen die sorgfältig überwachenden Priester nicht gefehlt haben, sagen: illis temporibus summa observatio fuit; Gai. II 55] nöthig. So erzeugt die Heiligkeit des Hauses den Begriff des Erbrechts des Sohnes. — Gehen wir etwas genauer in die diesen allgemeinen Sätzen inliegenden Einzelnheiten ein.

1) Zuerst das Sprachliche. Das Wort „Ehe" ist ein Urwort; aber es bedeutet anfänglich noch nicht: matrimonium, sondern: Zeit, Sitte (mos), Band (vinculum), also den Urbegriff des von der Vorzeit Ueberkommenen, Bindenden, des Bundes. Erst später im germanischen Völkerstrange hat es sich auf den Sinn von matrimonium verengt. Curtius 585: Skt. évas Gang, Wandel, im Plur. Gewohnheit, Sitte; Gr. αἰές, αἰέν (ἀεί) immer, ἀΐδιος ewig, αἰών Lebenszeit, Zeit, ἐπηετανός für alle Zeit ausreichend; Lat. aevum, ae(vi)tas, ae(vi)ternus; Goth. aivs Zeit, aiv (unquam), aiveins (αἰώνιος); Ahd. êwa Gesetz, Vertrag, Ehe[3]); Altir. áis, áes, óis (tempus, aetas). — Derjenige indogermanische Wortstamm,

jeder Begeisterung zugänglicher erachtete, die auch immer nach alter Ansicht ein πάσχειν ist."

3) „Der Ausdruck êwa, verkürzt ea, bedeutet im Ahd. Gesetz, Bund, Band (lex, vinculum, testamentum) nicht matrimonium. Da er aber bei diesem Verhältniß, wenn es gesetzmäßig eingegangen war und rechtliche Wirkung hatte, immer gebraucht zu werden pflegte, ging er unter Verlust seiner allgemeinen Bedeutung, endlich von der Form auf die Sache über, und ehelich bezeichnet nicht mehr: legitimus, sondern matrimonialis." Grimm S. 417.

Digitized by Google

I.
7 welcher ſich auf die Ehe bezieht, hat auch ſogleich den Begriff von Hausgewalt und Herrſchergewalt zum Ausdruck gebracht: Curtius 377. Skt. patis Herr, Gatte, patni Herrin, Gattin, patje herrſche, bin theilhaft; Gr. πόσις (f. πότις) Gatte, πότνια die Hehre, δεσπότης Herr, δέσποινα Herrin, δεσπόσυνος herrſchaftlich, δεσπόζω herrſche; Lat. compo(t)s, impos, potis, potior, potens, potestas, potiri; Goth. — faths Herr, bruthfaths (Herr der Braut), Bräutigam; Lith. pats Gatte, Männchen, ſelbſt, pati Ehefrau, pat gerade, ſelbſt, vészpats Herr, Herrſcher.

2) Die Hausgewalt hat in den verſchiedenen aus dem Urvolk hervorgegangenen Völkerſträngen ſehr verſchiedene Geſtaltungen gewonnen. Zu der intenſivſten Stärke hat ſie ſich im italiſchen, als eine vom Staatlichen getrennte abſolute Herrſchermacht, entwickelt[4]). Die Römer ſind ſich deſſen bewußt, daß ſie hierin ein eigenthümliches ius civile haben. — Im Römiſchen wie im Griechiſchen aber iſt die Hausgemeinde die Grundlage des Staatsgedankens geworden. „Die naturgemäßeſte Entwickelung des geſellſchaftlichen Lebens, ſagt Hermann Gr. St. A. §. 5, wie wir ſie alſo namentlich auch für Griechenland ſowohl aus der Natur der Sache[5]) als den Zeugniſſen ſeiner Denker und

4) Fest. familia antea in liberis hominibus dicebatur, quorum dux et princeps generis vocabatur pater et materfamiliae; unde familia nobilium Pompiliorum, Valeriorum, Corneliorum. Et familiares, ex eadem familia. In der römiſchen patria potestas liegt die abſolute Gewalt über das Kind; der Hausvater kann es tödten (ius vitae et necis, fr. 11 de lib. et post. 28. 2), er kann es durch Verkauf (mancipatio) der Sache gleich machen (servorum loco) Gai. I. 116—123 (während es unter dem Hausvater ſtehend keine Sache iſt), ebenſo wie der rex „den Bürger dem Mitbürger an Knechtesſtatt zuſprechen oder den Verkauf in's Ausland anordnen kann" (Mommſen R. G. S. 62), ohne aber damit „Eigenthümer des Staats" (S. 63) zu ſein.

5) Hermann verfällt hier dem Fehler, das was ſich in Einem Voll

selbst einzelnen geschichtlichen Spuren zufolge voraussetzen müssen, 7
geht aus dem Schooße der Familie hervor: die durch das Band der Blutsverwandtschaft verknüpfte Hausgemeinde ist der natürlichste Staatsverein, die patriarchalische Monarchie des Familienhauptes die ursprünglichste Regierungsform." [Daher Anknüpfung des Stammes an einen mythischen Ahnherrn]. „Eine Anzahl von Geschlechtern bildet eine Phratrie, aus mehreren Phratrien besteht ein Stamm, und selbst der größere Staatsverein ... kennt keinen heiligeren Vereinigungspunkt als das Prytaneum, das den gemeinschaftlichen Heerd der Gesammtheit vorstellt und die Verehrung einer gemeinschaftlichen Gottheit[6]). Für den patriarchalischen Charakter des ganzen Verhältnisses aber begegnet uns als sicheres Zeichen die priesterliche Eigenschaft des Fürsten und Königs[7])." — Bei den Indern, nachdem Germanoslaven, Gräco-Italokelten sie verlassen hatten, hingen, wie Klenze S. 136. 137 sagt, „der Staat und die Priester schon so früh mit der ältesten Ordnung und Sitte des Volks zusammen, daß im Staate zu irgend einer öffentlichen Thätigkeit geschlossene

gesund entwickelt hat, für allgemein „natürlich" — selbstverständlich zu erklären.

6) Bei den Italikern: „neben oder in der Wohnung des rex der ewig flammende Heerd der Vesta". Mommsen R. G. S. 62. 168. — Daß der rex der Indogermanen nur als der Hausherr [der die potestas hat, die aber nicht = dominium ist] im erweiterten Sinn des Wortes dasteht, erweist sich auch sprachlich; Curtius 95 [vgl. unten §. 17 A. 1: οἶκος, vicus]. Slt. vêças, vêçman Haus, viç Wohnsitz, Haus, Pl. viças Menschen, viçpatis Hausherr, Gemeindeherr. — Zd.: viç Haus, Dorf, Clan, viçpaiti Clanoberhaupt. Lit. vẽszpats Herr, altpr. waispattin Hausfrau; — vgl. auch über den slavonischen „goszpodar" Mommsen R. G. S. 67 A. *.

7) Der griechische Volksstrang hat „am treuesten das Alte bewahrt" (Schleicher); daher auch in dem griechischen Volksleben die meisten Anklänge an das bei den Indern hinterdrein völlig „versteinerte" Kastenwesen. Hermann §. 6. — In Sparta sind dann im Verlauf der griechischen Geschichte die Ehen ganz vom Staatszweck beherrscht worden; Hermann §. 27.

Digitized by Google

I. 7 Familien gar nicht vorkommen können. Wo geschlossene Familien älter sind, als die bürgerliche Anordnung des Ganzen, da geben sie auch wohl noch in geordneten Staaten ihren Gliedern Schutz und Hülfe. Im indischen Recht bleibt . . . der Familie nicht viel übrig." — Wieder ganz entgegengesetzt hat sich das germanische Wesen gestaltet; hier findet sich weder die indische Unterdrückung der Familie durch den Staat, noch die sacrale Geschlossenheit der Familie, wie im italischen und griechischen Strange, die im italischen zur Selbständigstellung des pater familias vom Staatlichen, im griechischen zur Zusammenschmelzung von Familie und Staatsgewalt geführt hat. Bei den Germanen ist Alles freier, loser; sie sind aus der Urheimath abgezogen, ehe dort einerseits Staat und andererseits Familie zu festerer Organisation gelangt waren[8]).

3) Die sacrale Geschlossenheit der italischen[9]) und griechischen Familie, und ihr Zusammenhang durch das Urvolk mit der indischen Familie, ist etwas noch gar nicht genügend Ausgeforschtes. Ich bezeichne hier nur die zwei Haupt-

8) Grimm R. A. S. 462 „so wenig die deutsche Munt der römischen patria potestas gleich ist"; S. 465 „den Maaßstab römischer Adoption und patria postestas muß man davon fern halten". Das Aussetzungsrecht des Vaters über das neugeborene Kind liegt aber sowohl in der deutschen wie römischen und griechischen patria potestas; Grimm S. 455. 456; ius vitae et necis bei den Galliern Caesar B. G. VI. 19.

9) Festus: Maximus pontifex dicitur, quod maximus rerum, quae ad sacra et religiones pertinent, iudex sit vindexque contumaciae privatorum magistratuumque. Sacer mons . . At si qua sacra privata suscepta sunt, quae ex instituto pontificum stato die aut certo loco facienda sint, ea sacra appellari, tanquam sacrificium. Ille locus, ubi ea sacra privata facienda sunt, vix videtur sacer esse. Varro L. L. V. 83: Pontifices . . . ego a ponte arbitror: nam ab his sublicius est factus primum ut restitutus saepe, cum ideo [Bruns font. 274] sacra et uls et cis Tiberim non mediocri ritu fiant. Ueber die Bedeutung der sacra für das römische Erbrecht s. Glück-Leist Commentar I. S. 165 ff. (das von Klenze S. 159. 160 darüber Gesagte ist ganz ungenügend).

Digitized by Google

punkte. a) Im römiſchen Civilinteſtaterbrecht und in dem indiſchen Sradd'haerbrecht der Sapindafamilie iſt ganz genau das gemeinſame Erbrecht des Urvolks zu erkennen. Nur war inzwiſchen ſeit der Trennung die indiſche patria potestas abgeſchwächt worden [alſo ein Hauskind kann dort als Erblaſſer, und ein Hausvater als miterbend gedacht werden], und umgekehrt die italiſche patria potestas war erſtarkt [alſo kein Hausvater konnte als Erbe ſeines Hauskindes gedacht werden]. Das indiſche wie das römiſche Inteſtaterbrecht dient zur Aufrechthaltung des Hauſes und der Sacra (Sradd'ha). α) Die erſte Stufe der Erben bildet die Sradd'ha-Deſcendenz des Defunctus, Sohn, Sohnesſohn und Sohnesſohnesſohn [alſo der römiſche suus heres, oder die domestica hereditas [10])] [11]). β) Die zweite Klaſſe der Römer, die legitimi, entſpricht der zweiten, dritten und vierten Stufe der Inder, in denen die (in manu befindlich geweſene) Mutter, bezw. Großmutter, Urgroßmutter und die bezügliche Sradd'hadeſcendenz des Vaters, Großvaters, Urgroßvaters erben. Die Abſcheidung in dieſe drei hintereinandergeſtellten Klaſſen iſt erſt ſpecifiſch indiſch; der italiſche Strang ruft einfach den proximus agnatus. γ) Die dritte Klaſſe bildet die übrige Sapindafamilie, der oben S. 41 angegebene Punkt g [deutlich von der vorhergehenden Klaſſe dadurch geſchieden, daß nicht mehr die Frauen in manu in Betracht kommen], bei den Römern iſt dies die gens [12]). Bei den Indern trägt die Vor-

10) Danz R. G. 2. Aufl. II. S. 88 hat mit ſeinem hiſtoriſchen Spürſinn die Grundbedeutung der domestica hereditas herausgefunden. Nur geht er darin zu weit, daß er das Erbrecht der legitimi als erſt durch die Zwölftafelgeſetzgebung eingeführt annimmt S. 95; es beſtand ſchon, wie das Erbrecht der gens, im alten Urvolk.

11) Die Abſchließung der Sradd'hadeſcendenz mit dem dritten Grade iſt noch nicht ſicher erklärt; in's italiſche Recht iſt ſie nicht gelangt.

12) Ueber die Erkennbarkeit der Geſchlechterbezirke in den uralten italiſchen Gauen Mommſen R. G. S. 35 f.

Digitized by Google

I.
7 ausſchiebung der Stufen e und f ſchon den Charakter punktiliös ſchematiſirender indiſcher Geſetzgebungskunſt, der dem Urvolk beim Abſcheiden des italiſchen Stranges noch völlig fremd war. Davon kann alſo im römiſchen Recht keine Spur ſein. — b) Auch in der teſtamentariſchen Frage erkennen wir den Zuſammenhang. Das indiſche Recht kennt „keine vollſtändigen Teſtamente [13]), ſondern nur gewiſſe Erbtheilungen" (Klenze S. 126). Im Griechiſchen tritt der Urgeſichtspunkt deutlich zu Tage, daß alle Erbfolge an ſich nur zur Aufrechthaltung des Hauſes dient, und alſo eine teſtamentariſche Erbeinſetzung nur verbunden mit der Adoption zum Sohne vorkommt. Hermann §. 120: „Ueberhaupt konnten Erbeinſetzungen auch durch Teſtament nur unter der Form der Adoption geſchehen ... Die Adoption war übrigens nicht bloß ein Recht ſondern auch eine Pflicht, die, wenn ſie der Kinderloſe nicht ſelbſt erfüllte, noch nach ſeinem Tode von den nächſten Verwandten nachgeholt zu werden pflegte [vgl. auch oben §. 5 A. 4], um den Namen des Hauſes zu erhalten und das Geſchlecht, insbeſondere die mit demſelben verknüpften Sacra, nicht erlöſchen zu laſſen, wogegen ſelbſt der Staat nicht gleichgültig war [14])."

---

13) Bei den Germanen gar keine Teſtamente: Tacit. Germ. 20. — Bei den Germanen findet ſich für die Inteſtaterbfolge nicht die Geſchloſſenheit der Familie, wie ſie bei den Italikern in der gens, bei den Indern in der Sapindafamilie beſteht. Den Germanen fehlt das ſtrenge bindende Element der Hausſacra, die das Erben bedingte. Sie müſſen alſo vor dieſer Feſtigung der Familie ausgeſchieden ſein.

14) Der Grundgedanke des römiſchen Erbrechts, daß per universitatem ſuccedirt werde, iſt offenbar ſpecifiſch-juriſtiſches Product der Auffaſſung von der ſacral-einheitlichen Aufrechthaltung des Hauſes. Es tritt uns darin ein wichtiges Moment original-italiſcher Rechtsconſtruction entgegen. Die Italiker haben im Ausdruck: heres für das Erbnehmen ein ſchon dem Urvolk angehörendes Wort verwendet (ſ. unten §. 18 A. 7: Skt.: aça-hara-s = Erbtheil empfangend). — Bei den Griechen hat ſich

Digitized by Google

der Erbbegriff an die Erbtheilung angeknüpft. Paſſow Gr. Wörterb. v. κλῆρος: „Bei Homer werden die Looſe in einen Helm geworfen, in welchem man ſie umſchüttelt, nachdem zuvor ein jeder das ſeinige gezeichnet hatte; über denjenigen, deſſen Loos aus dem Helme flog, war entſchieden.“ Daher: „Das Verlooſte, durch das Loos Zugetheilte, beſ. das Erbgut, und wieder vorzugsweiſs vererbtes Land, Grundſtück, liegendes Gut.“ — Ueber das germaniſche Wort „Erbe“ ſ. Grimm S. 466 f. — Ueber die Grundelemente des indogerm. Erbbegriffs iſt noch ſehr viel zu forſchen; vgl. auch Beil. Nr. A. XIV. 2.

Digitized by Google

II.

Vermögen, Stamm und Staat.

II.
8 §. 8. Seit Anfang der Menschheit besteht der Kampf nach Außen. 1) Zum Theil beruht dies schon auf der „realen Naturordnung", der naturalis ratio. Der Mensch hat Hunger und Durst, und diese treiben ihn zur Gewinnung der Nährstoffe. Es ist nicht richtig, daß, wie Savigny sagt, das Eigenthum (sei es Gesammt- oder Privat-Eigenthum) nicht ebenso auf natürlicher Grundlage ruhe, wie die Ehe. Die reale Organisation, daß der menschliche Körper des Eingangs, Durchgangs und Ausgangs gewisser Materie bedarf, ist ihm mit dem Thier gerade so gemein, wie die Geschlechtsorganisation[1]). Der Nahrungstrieb macht beim Menschen, — da er mit Geistesfreiheit und Ueberlegung versehen ist, und das Bedürfniß für die Zukunft voraussieht, — daß er sich, um nicht stets „aus der Hand in den Mund" zu leben, die Materie sammelt, was aber in den Grenzen thierischer Ueberlegung auch Dachs, Hamster und Biene thun. Also hier, wie dort bei der Ehe, dieselbe naturalis ratio für Mensch und Thier, die sich beim Thier zu instinctuellen, beim Menschen zu geistig freien Verhältnissen gestaltet. — Aber weiter. Während dem Thier von Natur die Waffen anwachsen um sich

1) P. 158—176 „Die Nahrungsmittel und ihre Zubereitung".

Digitized by Google

gegen Feinde zu schützen, und Kleidung gegen die Unbilden des 8
Wetters, wird der Mensch nach der realen Naturordnung nakt, schutzlos und waffenlos nicht bloß in die Welt gesetzt, sondern er bleibt es auch, wenn er herangewachsen ist. Nur seine Geistesfreiheit ist ihm nach der realen Naturordnung die Waffe, die jener physischen Mitgabe der Thiere entspricht, indem er sich dafür Ersatz durch seine Einrichtungen schafft. Also die real gegebene Schutzlosigkeit des Menschen ruft (naturali ratione) es hervor, daß die Menschen dem Kinde, das der Vater nicht mehr schützt, einen künstlichen Schutz im Vormund geben (Gai. I. 189); daß der herangewachsene Mensch sich selbst Waffen fertigt und Vorkehrungen trifft, um sich gegen seine Feinde zu schützen [fr. 1 §. 27 de vi 43. 16: vim vi repellere licere Cassius scribit idque ius natura comparatur: apparet autem, inquit, ex eo arma armis repellere licere; fr. 4 pr. ad leg. Aquil. 9. 2: nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere; fr. 45 §. 4. eod.; fr. 3 de iust. et iure 1. 1][2]); daß der Mensch sich Kleidung und Obdach fertigt, um sich gegen die Natur, die wilden Thiere und feindliche Men-

2) Ueber die Bewaffnung P. 188—202; (S. 191): „Bogen und Pfeil müssen überall dort verschwinden, wo die Jagd nicht mehr ein Lebenserwerb ist, oder wo es Jagd überhaupt gar nicht geben kann"; (S. 200): „die Uebergänge bedurften jedenfalls großer Zeiträume. Hirtenvölker legten die Jagdwaffen nicht plötzlich ab, sondern nur nach und nach"; (S. 202): „So wie aber der Krieg methodisch eingeübt wird, muß der Einfluß der Ortsbeschaffenheit auf die Bewaffnung mehr und mehr schwinden, ja bei modernen Culturvölkern kann von ihm kaum noch gesprochen werden". — — Vgl. noch S. 346. 347: „Da die Raubthiere als große Gegner günstig auf die Erziehung des Menschen einwirken, so gehört ihr Mangel unter die Nachtheile des Wohnorts .... Friedfertigkeit, wenn wir die Vorgänge der belebten Schöpfung richtig verstehen, bedeutet so viel wie Erstarrung".

Digitized by Google

II.
8 ſchen zu decken [3]). — Aber wiederum weiter. Indem der Menſch ſeinen Zwecken des Erwerbs für ſeine Nahrung wie für Kleider Waffen und Obdach, überhaupt ſeinem Streben nach immer weitergreifender Dienſtbarmachung der Natur nachgeht, geräth er den Thieren und anderen Menſchenſtämmen in's Gehege. Indem er die Thiere die er nicht zähmt als ſeine Feinde behandelt, erkennen auch die Thiere (was ſie erſt aus Erfahrung lernen) ihn als Feind; indem ſich die Menſchenſtämme in ihren Intereſſen ſtören, lernen ſie ſich als Feinde kennen und ſchreiten auch zum Angriff. So kommt der Kampf und Krieg naturali ratione in die Welt [4]). Auch die Thiere kämpfen untereinander; auch in Betreff ihrer kann man ſagen: feras istius iuris (belli) peritia censeri.

Man ſagt wohl: der Krieg ſei etwas Unſittliches, dürfe nicht ſtattfinden; und damit meint man dann den Krieg aus dem Rechtsgebäude wegdecretirt zu haben. Allerdings kann ein Krieg ſehr unſittlich ſein; aber es heißt zwei Dinge, die in der dogmatiſchen Analyſe genau auseinandergehalten werden müſſen, ſtörend vermiſchen, wenn man Fragen der realen Naturordnung mit ſittlichen Inſtanzen glaubt erledigen zu können. Feindſchaft, Kampf und Krieg ſind Stück der Weltordnung [5]); ſie können ſehr ein-

3) P. 176—188 „Bekleidung und Obdach".

4) Damit iſt die Baſis der Eigenthumsoccupation, die Bekämpfung, Bezähmung der freien Natur, durch die reale Naturordnung gegeben; fr. 3 pr. de adq. rer. dom. 41. 1: quod enim nullius est, id ratione naturali occupanti [„qui venandi aucupandique gratia ingreditur" fr. 3 §. 1 eod.] conceditur. Dieſe Studien III. S. 81.

5) Schon unter den Funden aus alter Steinzeit, vgl. §. 3 Nr. I, tritt uns der vom Feinde Getödtete entgegen. In der §. 3 A. 5 citirten Mittheilung heißt es: „Das Skelett lag auf der linken Seite in einer Haltung als ſei der Menſch während des Schlafes überraſcht und getödtet worden. Der Schädel war geſchmückt mit einer Kette aus Mittelmeermuſcheln und Hirſchzähnen. Eine 17 Cm. lange zugeſpitzte knöcherne Waffe oder Art Inſtrument hatte die Stirn durchdrungen".

Digitized by Google

gehegt, der Kampf kann sehr viel menschlicher gemacht werden, 8
aber sie werden unter Menschen nie aufhören; sie gehören zum Weltplan, dessen Tiefen wir freilich nicht ergründen können. Der Krieg ist das Produkt des Ehrgeizes der Völker; der Ehrgeiz der Völker aber ist das treibende Element der Weltgeschichte. Der Krieg ist dem Menschen nöthig zur Entwicklung vieler Eigenschaften, die sonst schlafen würden; er ist den menschlichen Einrichtungen nöthig als Correctiv gegen die Erstarrung (A. 2). — Aber noch weiter. Der Krieg ist ein Ding, das die Menschen *lernen* müssen, und das sie in der That allmälig immer besser lernen. Der Mensch sieht sehr bald ein [was aber auch manche Thiere: wilde Pferde, Hunde, Gemsen zu begreifen anfangen, so daß man wiederum sagen kann: feras istius iuris peritia censeri], daß er zur Verstärkung seiner Kraft, der *Symmachie*, der Verbindung von Genossen (zunächst: der weiteren aus dem Hause erwachsenen Familie, Phratria oder Sippe) unter einem Führer, bedarf; daß die *kampfgeordnete* Vereinigung (der „methodische" Kampf; A. 2) von 100 Einzelkräften nicht bloß = 100, sondern = 200, 500, 1000 und mehr ist. Wie der Krieg ein Product der naturalis ratio d. h. der realen Naturordnung ist, so ist es auch die Symmachie. Und in der Symmachie liegen die *ersten* Anfänge des (sei es die Sippe festhaltenden, sei es über sie hinauswachsenden) Staates. —

Kampf und Krieg sind hiernach so alt wie das Menschengeschlecht. Sie sind eine durch die Menschheit nothwendig sich hindurchziehende Strömung. Es hat nie jene geträumte goldene Zeit gegeben, wo sie den Menschen *unbekannt* gewesen wären. Aber jede Strömung ruft eine Gegenströmung hervor. Kampf und Krieg richtet sich *nach Außen*, und damit ist zugleich ein *Innen* gegeben. Die Menschheit ringt danach, sich einen Bereich des Friedens zu festigen, d. h. nicht bloß einen Zustand des

Digitized by Google

II.

8 augenblicklich ruhenden Kampfes [Friedensſchluß [6])], ſondern einen Zuſtand der abſoluten Kriegsnegation, des grundſätzlichen Ausſchluſſes der Gewalt [7]). So lange der Krieg beſteht, ſo lange beſteht die Gegenſtrömung nach einem „umfriedeten" Gebiet. Alſo nicht handelt es ſich um einen des Krieges unkundigen Urfrieden, ſondern umgekehrt um einen von dem Kriegsbeſtande hervorgerufenen Gegenzuſtand. Wie dieſer Friedensbegriff aus der uralten Zeit heraus in der indogermaniſchen Welt allmälig ſehr verſchiedenen Sinn erhalten hat, wird ſich aus der weiteren Darſtellung ergeben.

2) Die indogermaniſche Völkerfamilie zeigt in dem Verlauf der Geſchichte einen hervortretend kriegeriſchen Charakter. In allen Phaſen, die die indogermaniſchen Völker als Jagdvölker,

---

6) Den Wortſtamm, aus dem: pax hervorgegangen iſt, hat ſchon die Urſprache. Curtius 343: Skt. pâças Schlinge, Strick, pâçajâmi binde, paçras feiſt, derb; Zd. paç binden; Lat. paciscor, pax, pacio, pactio, pango, pignus, palus; Gr. πήγνυμι befeſtigen, πῆγμα Gefügtes, Geſtell, πηγός feſt, ſtark, πάγος, πάχνη Reif, Froſt, πάγη Falle, Schlinge, πάσσαλος Pflock, Nagel; Goth. fahan fangen, fullafahjan ἱκανὸν ποιεῖν, fagrs εὔθετος; Ahd. fuoga (Fug), gafuogi (aptus), gafagjan (satisfacere), fah Fach.

7) Sippe heißt urſprünglich: „Friede, Freundſchaft" (Grimm S. 467); ſie iſt eben jenes „Innen", in dem nicht erſt durch pacisci, pactum eine pax hergeſtellt wird [der Gedanke vom contrat social iſt ein grundverkehrter]; ſie iſt die aus dem „Hauſe" natürlich erwachſene „Phratrie", die eben damit auch gleich „Symmachie" iſt. Aus der Symmachie wächſt aber keineswegs immer gleich der Staat heraus (§. 7 A. 5), ſondern häufiger muß noch erſt das Stadium familienartig (im Sinn des erweiterten Hauſes) zuſammenlebender gentes oder Clans durchſchritten werden, welche unter einander loſe quaſiinternationale foedera abſchließen, aus welchen nationalen foedera dann erſt die wirklichen Keime einer Staatsorganiſation ſich emporarbeiten. Aber der Begriff des Friedens (Sippe, Freundſchaft) durchzieht alle dieſe Geſtaltungen; ſein Urſprung iſt das „Haus", die Ehe (§. 7 A. 2).

Digitized by Google

dann als Viehzucht-, dann Ackerbau-, dann Handel- und In- 8
dustrie treibende durchgemacht haben, bleibt der kriegerische Charakter derselbe, und die große Rolle, die diese Völkerfamilie in der Weltgeschichte gespielt hat, ruht vorzugsweise auf diesem leitenden Elemente [8]). Was aber die Völker im Ganzen bewegte, was sie aus ihrer Urheimath in unsere europäischen Länder führte, — es erhebt sich die Frage, ob das nicht auch in ihren Privatangelegenheiten als ein wesentlich treibender Factor in's Auge zu fassen sei? Ich denke, das Folgende wird zeigen, daß dies in der That der Fall ist. Kampf und Selbstschutz kommen nicht bloß als die Basis in Betracht, worauf diese Völker ihr Recht an den von ihnen in Besitz genommenen Ländern reduciren; sondern sie sind auch ein tiefgreifender Factor gewesen, wodurch sich im Inneren der allmälige Rechtsaufbau vollzogen und zwar in einer in den verschiedenen Völkersträngen vielfach übereinstimmenden Weise entwickelt hat. Was sich in dieser Hinsicht nach den uns bis jetzt offenliegenden Quellen constatiren läßt, betrifft überwiegend das germanische und das römische Recht, von denen also im Folgenden vorzugsweise die Rede sein wird.

§. 9. — I. **Die Periode des Selbstschutzes.** — A. Zwei 9
Punkte sind es, die wir ohne allen Zweifel als Gründe des Eigenthumserwerbes schon in die Zeiten des indogermani-

8) Das tritt auch in der griechischen Mythologie hervor. Otfr. Müller Prolegomena S. 277: „Wie Vereinigung und Uebereinstimmung im Ganzen durch Verwandtschaft und Vermählung ausgedrückt wird (vgl. §. 7 A. 2), so ist für jeden Gegensatz das allgemeine Bild der mythischen Ausdrucksweise: Kampf. Der Mythus liebt, was innerlich ist äußerlich zu machen, jede Beziehung in Handlung zu verwandeln; und es muß daher in ihm auch kämpfen, was nie wirklich in Kampf gewesen ist. Nicht selten ist aber auch ein mythischer Kampf aus dem Bestreben hervorgegangen zu erklären, wie ein gegenwärtiger Zustand an die Stelle eines früheren getreten".

Digitized by Google

II.
9 schen Urvolks zurückführen können: die Eigenthumsoccupation und den Gütertausch [1]).

1) Die Indogermanen sind ein jagendes, viehzüchtendes, und daneben den Kriegserwerb betreibendes Volk gewesen [2]). Die Jagd, die älteste Erwerbsweise der Völker, erzeugt mit Nothwendigkeit den Begriff des Eigenthumserwerbes durch Occupation.

1) Vgl. diese Studien III. S. 73—118, 180—196; Mancipation und Tradition S. 207 ff.

2) Vgl. noch Cäsars Schilderungen von den Sueven B. G. IV, 1: Suevorum gens est longe maxima et bellicosissima Germanorum omnium. Hi centum pagos habere dicuntur: ex quibus quotannis singula milia armatorum, bellandi causa ex finibus educunt, reliqui, qui domi manserint, se atque illos alunt. Hi rursus in vicem anno post in armis sunt: illi domo remanent. Sic neque agricultura nec ratio atque usus belli intermittitur: sed privati ac separati agri apud eos nihil est: neque longius anno remanere uno in loco incolendi causa licet [Tacit. Germ. 26]: neque multum frumento, sed maximam partem lacte atque pecore vivunt [vgl. über Britannien V. 14]; multumque sunt in venationibus: quae res et cibi genere et quotidiana exercitatione et libertate vitae (quod a pueris nullo officio aut disciplina adsuefacti nihil omnino contra voluntatem faciant) et vires alit, et inmani corporum magnitudine homines efficit. VI. 21: Vita omnis in venationibus [vgl. übrigens Tac. Germ. 15] atque in studiis rei militaris consistit. 22. agriculturae non student. 23. Latrocinia nullam habent infamiam, quae extra fines cuiusque civitatis fiunt. — Hermann Gr. St. A. §. 9. „Ausländer und Feind ist in der Sprache des Alterthums ein und dasselbe Wort. Alle Staaten befinden sich einander gegenüber rechtlich in einem ewigen Kriegszustande, dessen thätliche Ausbrüche Alles, was dem Menschen heilig und theuer ist, bedrohen, kein Mittel scheuen, selbst den Wehrlosen nicht schonen und nur durch positive Verträge in Schranken gehalten werden. Dem Räuberhandwerk im Großen hatte freilich schon frühe Minos mächtiger Arm zur See ein Ziel gesetzt, so wie um ähnliche Zeit Heraklès und Theseus als Retter des Continents von seinen Landplagen gepriesen werden; doch Räubereien der Einzelnen gelten noch bei Homer als erlaubt und ehrenwerth." — Kriegsgewohnheit der Gallier Caes. B. G. VI. 15.

Digitized by Google

Aber einen wesentlich erweiterten Sinn gewinnt der darauf ge- 9
baute Eigenthumsbegriff erst dadurch, daß der Mensch es lernt, das gefangene Thier: Hund, Rind, Pferd u. s. w. zu zähmen, es an sich zu gewöhnen, so daß es frei herumlaufend doch im Stande ist, seinen Herrn wieder zu erkennen, und zu ihm zurückkehrt: fr. 5 §. 5 de adquir. rer. dom. 41. 1: in his autem animalibus quae [e] consuetudine abire et redire solent, talis regula comprobata est, ut eo usque nostra esse intellegantur donec revertendi animum habeant, quodsi desierint revertendi animum habere, desinant nostra esse et fiant occupantium . intelleguntur autem desisse revertendi animum habere tunc, cum revertendi consuetudinem deseruerint (fr. 3 §. 2 — fr. 5 pr. eod.). Dieses Zähmungsverhältniß lernt der Mensch objectiv erblich zu machen. Er erreicht es, die so gewonnenen Hausthiere ganz an seine eigene Culturstufe zu gewöhnen und durch Züchtung zu höherer Entwicklung und einer Menge neuer Arten emporzuheben. Wir haben oben schon gesehen, daß in den ältesten Denkmälern menschlichen Lebens in unseren Ländern nur erst der Hund als Hausthier aufzutreten scheint, und haben bemerkt (§. 3 A. 7), daß für die Menschen dies Gewonnenhaben der Haupthausthiere die Vorbedingung zur Erlangung höherer Gesittung ist. Das Zähmungsverhältniß, zusammen mit der Kenntniß der Feuerbereitung [vgl. §. 3 A. 8], sind die beiden wichtigsten Urerrungenschaften der Menschheit. Während das Feuer ein ungreifbares Ding ist[2a], richtet sich das Zähmungsverhältniß auf eine körperliche Sache, die damit als der greifbare Repräsentant einer

2a) Wegen seiner Wichtigkeit wird im hohen Alterthum das Feuer (und sein Gegensatz das Wasser) den Völkern leicht das Symbol des Zusammenlebens. Daher in den indogermanischen Völkern die Auffassung einer Verbindung aqua et igni (§. 6 A. 3), aber auch einer aquae et ignis interdictio (§. 17 A. 3).

Digitized by Google

II.

9 das ganze Menschenleben umgestaltenden wohlthätigen Einrichtung dasteht. Das Zähmungsverhältniß ist danach der eigentliche Kern des Eigenthumsbegriffs an beweglichen Sachen.

Hierzu tritt als zweitwichtiges Object für länger conservirtes Eigenthum (im Gegensatz zu dem rasch verzehrten Jagderwerbe) der Erwerb durch Kriegsbeute. In rohen Zeiten ist, wie wir aus jener Stelle des Cäsar (Anm. 2) sehen, der Krieg Lebenscarriere des Mannes; gegenüber dem friedlichen Erwerb durch Viehzucht und Ackerbau das höher geachtete [Tac. Germ. 13. 14] Ziel des Thatkräftigen [3]). In ihm liegt die Besoldung des Soldaten; und da man das Geraubte nicht gerade alles gleich brauchen kann, so sorgen schon in rohesten Zeiten herumziehende Händler für Umtausch gegen marktgängige Werthobjecte [4]). Innerhalb der Kriegsbeute tritt noch wieder besonders hervor: der Sklav. Es liegt leider noch viel Dunkel über der Entstehung und Ausbreitung der Sklaverei in den indogermanischen Völkern [5]). Unter

3) Caesar B. G. V. 12: praedae ac belli inferendi causa. Von den Helvetiern I. 1: fere quotidianis praeliis cum Germanis contendunt. — Von den alten griechischen Zeiten sagt Hermann §. 9 „es scheint Griechenland eine Zeit schrecklicher Zerrüttungen und eines wilden Faustrechts durchgemacht zu haben"; — so urtheilen wir von unserem modernen Standpunkte aus; die alten Anschauungen vom „frischen fröhlichen Krieg" fanden in solchem Zustande die nothwendige Voraussetzung eines „menschenwürdigen Daseins".

4) Caes. B. G. IV. 2: Mercatoribus est ad eos aditus magis eo ut quae bello ceperint, quibus vendant habeant, quam quo ullam rem ad se importari desiderent.

5) P. 253: „Daß ganze Völkerschaften ihre bisherigen Wohnstätten abbrechen, vorwärts drängen und große Erdräume durchwandern, ist überhaupt nur denkbar in Begleitung von Heerden, welche auf dem Marsche die nöthige Nahrung gewähren. Die Viehzucht auf Steppen nöthigt ohnehin zum Wechsel der Weideplätze. Mit dem Seßhaftwerden und dem Ackerbau regt sich aber sogleich die Begierde nach Skla-

Digitized by Google

den Germanen ist die Knechtschaft eine viel mildere; sie waren 9
wohl noch nicht seßhaft genug, um nach ihren Lebensverhältnissen eigentliche strenge Sklaverei überhaupt durchführen zu können. Grimm S. 300: „Die Unfreiheit ist doppelter Art, eine härtere und mildere, jene kann man Leibeigenschaft nennen, diese Hörigkeit, also etwa Knechte von Liten unterscheiden. (Es erschien) aber die deutsche Knechtschaft selten oder nie als strenge durchgängige Sklaverei, und es liegt bloß eine Reihe vielfach gefärbter Abhängigkeitsverhältnisse vor, deren Namen und Begriffe in einander überspielen." Dagegen im italischen und griechischen Völkerstrange liegt schon ein weit erstarkteres Hausweſen vor; hier konnte denn auch die Giftpflanze der Sklavenarbeit gedeihen und der Begierde der Sieger reizvoll erscheinen [6]).

Die Römer sagen über das Sklavenverhältniß (fr. 32 de reg. iur. 50. 17): quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen ex iure naturali, quia quod ad ius naturale attinet omnes homines aequales sunt (fr. 3 §. 1 de cap. min. 4. 5); Pr. — §. 2 I. de iure pers. 1. 3: servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur; Gai. I 52: iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse. Unter naturalis ratio ist hier die Thatsache

---

venarbeit. Jäger, die nur unter beständiger Anstrengung sich und ihre Familien ernähren, können Unfreie nicht in ihrem Hausstande verwenden. Anders verhält es sich schon, wo Fischfang getrieben wird" u. s. w.

6) Sprachlich erklärt sich servus folgendermaßen; Curtius 518: Skt. sarat Draht, sarit Faden; Gr. σειρά Seil, ἕρμος Halsband, ὁρμιά Angelschnur, εἴρω knüpfe, binde, εἰρμός Verknüpfung, ἕλκος Knechtschaft; Lat. sero reihe, knüpfe, sera, reserare, sertum, series, servus; Lit. seris Faden, Pechdraht (?); Altir. sreth (series, ordo, strues), bid comsrithi („cum his manus conserenda est").

Digitized by Google

II.
9 verſtanden, daß nach der realen Naturordnung das Thier in Folge ſeiner niederen Organiſation zum dienenden, der Menſch in Folge ſeiner Geiſtes- und Willensfreiheit [die ihm auch die natürliche libertas consentiendi giebt Gai. III 154] zum Beherrſcher der Natur und insbeſondere der Thiere beſtimmt iſt. Demnach iſt es „absurdum“ Thier und Menſch zu identificiren [alſo z. B. auch die Menſchenkinder und die Thierjungen auf gleiche Stufe zu ſtellen; §. 37 in fin. I. de rer. div. 2. 1], und danach iſt es an ſich ein Widerſpruch „contra naturam“, das gegen die Thiere wohlbegründete Eigenthumsverhältniß auch auf Menſchen, als Sklaven, herüberzuziehen. Aber das genirt die Römer gar nicht, das den Thieren gegenüber auf der naturalis ratio der Occupation ruhende (§. 8 A. 4) Eigenthum, auch in der Herüberziehung auf den Krieg gegen die Menſchen ganz ebenſo auf dieſelbe naturalis ratio zu baſiren (Gai. II 69: ea quae ex hostibus capiuntur, naturali ratione nostra fiunt; IV 16: quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent). Dagegen vor der Zurückführung des captus hostis ſelbſt auf die naturalis ratio ſchrecken ſie wegen jener „Abſurdität“ zurück, und ſo helfen ſie ſich hier mit der Wendung, daß — da ja nach damaliger allgemeiner Anſicht: anfangs iure naturali ein allgemeiner Friede die Menſchheit beglückt hat und erſt ſpäter iure gentium die „bella introducta“ ſind, alſo urſprünglich auch keine Sklaverei beſtanden haben kann, ſondern erſt ſpäter eingeführt ſein muß, — urſprünglich alle Menſchen frei geboren ſeien, daher an ſich auch noch immer iure naturali frei geboren würden, daß ſie mithin nur iure gentium als Sklaven betrachtet werden könnten[7]).

---

7) Schaamhafter Weiſe iſt deßhalb in §. 17 I. de rer. div. jener Ausdruck des Gaius II 69: „naturali ratione“ — weil die Inſtitutionen gleich von den Sklaven ſelber zu reden fortfahren — in „iure gentium“

Digitized by Google

Indem so die Römer die Sklaverei nur für iure gentium 9
begründbar erklärten, haben sie doch damit nicht gezweifelt, daß sie ein vollkommen berechtigtes Institut sei. Es ist ein völlig unrichtiges Hineintragen unserer seit dem Christenthum entwickelten Anschauungen in das Alterthum, wenn man ihm als schon damals herrschenden Gedanken unterschiebt, daß es die Sklaverei für unsittlich und unberechtigt gehalten habe. „Die allgemeine Erscheinung der Sklaverei, sagt Hermann Gr. St. A. §. 9, die selbst von den Weisesten der Nation gebilligt[8]) und rechtlich begründet gefunden wurde, ist nur eine natürliche Folge dieses Grundsatzes, der die Persönlichkeit des Menschen wesentlich an sein Bürgerthum bindet." Man muß sich nur in die damalige Lage versetzen. Es handelte sich ja nicht darum, vom theoretischen Standpunkt aus zu überlegen, ob es human sei, einen niedriger entwickelten Stamm (wie unsere Neger) zur Sklavenarbeit zu verwenden; sondern die Frage trat sehr practisch an den Einzelnen heran: „Hätten die Feinde gesiegt, so wäre unsere Stadt zerstört, und wir Alle, die wir nicht getödtet worden, in die Sklaverei verkauft; da das Kriegsglück für uns entschieden, so ist es nach streng gleich austheilender Gerechtigkeit „aequum", daß wir die Feinde bändigen und zu Sklaven machen." Diese Ansicht ist mit dem lebendigsten Mitgefühl für die Person des Einzelnen vereinbar. Sie ist eben die des Kriegs-

umgewandelt worden. Danach auch fr. 5 §. 7 — fr. 7 §. 1 de adquir. rer. dom. 41. 1.

8) Daher die nach unseren Begriffen empörende Gefühllosigkeit, daß man gerade die Sklaven für die gegebenen Objecte der Tortur, wenn es sich um Wahrheitsermittelung handelte, ansah; ja daß man im Proceß die auf Tortur der Sklaven ruhenden Zeugnisse für die besten hielt. Hermann §. 140: „Die Tortur ward in Gegenwart gemeinschaftlich bestellter Obmänner vorgenommen; man konnte sowohl seine eigenen Sklaven dazu anbieten, als auch die des Gegners dazu verlangen; πιστότερόν ἐστι βάσανος μαρτύρων."

Digitized by Google

II.
9 ſtandpunktes, die wir innerlich noch ganz ebenſo, nur in civiliſirter Geſtalt, heutzutage bei den Land- und Leute-Annexionen gegenüber einem beſiegten Feinde durchführen. Bei allem Mitgefühl für den Kummer und Jammer der Einzelnen heißt es: „Hättet Ihr geſiegt, ſo hättet Ihr uns eine Provinz weggenommen; wir haben geſiegt und nehmen zu unſerer Sicherheit Euch eine Provinz; ſo müßt ihr Euch alſo gefallen laſſen, daß wir Euch nach unſerem Sinne bändigen".

Das aber, was im heidniſchen Alterthum allerdings ſchon immer beſtanden, und immer mehr auf Beſſerung der Sklavenlage hingedrängt hat[9]), das iſt eben jenes [in einer anderen Seite der Aequität begründete] tiefe Mitgefühl mit dem Schickſal der Sklaven, hervorgegangen aus der Ueberzeugung, daß das Freiſein die erſte Bedingung perſönlichen irdiſchen Glücklichſeins ſei. Daher der Standpunkt, daß die Freiheit in aller Weiſe zu begünſtigen, daß bei allem Feſthalten des Rechts der Sklaverei, doch die Clemenz gegen die Sklaven eine Aufgabe der Aequität ſei (ſ. unten Beil. Nr. A. XIII. 1). Dieſer im Heidenthum ſchon ſehr entwickelte Gedanke hat dann in Verbindung mit dem Chriſtenthum die Kraft gewonnen, auf Ausrottung der Giftpflanze hinzuarbeiten. —

In dem „ex hostibus captum" und im „captus hostis" hat die Eigenthumsoccupation nothwendig von Anfang an einen internationalen Charakter. Die Thatſache der Kriegsberaubung und des Zumſklavenmachens iſt von jeher international. Sie iſt auch für den Beraubten, Beſiegten wirkſam, aber ſie gilt nur ſo lange, als die Thatſache des Beherrſchens dauert[10]). Es wäre lächerlich, hier eine gemeinſame Rechtsüberzeugung als die Baſis der Geltung der Occupation hinzuſtellen,

9) Vgl. über die größere Freiheit der Sklaven in Athen: Hermann Gr. St. A. §. 114.

10) Dieſe Studien III S. 80 A. 2.

die der Beraubte, Unterworfene als definitiv bindend anzu- 9
erkennen hätte [11]). Wir haben hier also einen „organisirten Fug", es ist nicht das was wir „Recht" zu nennen gewohnt sind. Der Schutz des Siegers ist lediglich sein Selbstschutz. Das „Recht" ist in der factischen Herrschaft verkörpert, es dauert so lange, bis die erbeutete Sache, der geknechtete Mensch wieder auf kriegsmäßigem Wege in die frühere Freiheit zurückgelangt.

§. 10. — 2) Der Gütertausch (Kauf) [1]). — Vom ersten 10
Beginn einer Kunde über die Existenz von Menschen in unseren Ländern datirt auch zugleich der Nachweis, daß der internationale Gütertausch schon von weit entfernten Ländern her die gewünschten Waaren zu Kaufliebhabern getragen hat (vgl. §. 3 Anm. 4—6). Die Handelsleute zogen durch die Länder, gleichviel ob de iure der Satz galt, daß Fremder und Feind einerlei sei. Die feineren Culturerzeugnisse des Südens waren zu lockend für den Norden, und die Producte des Nordens (Zinn, Bernstein u. s. w.) mogte der Süden nicht entbehren. Das Interesse der Menschen übersteigt alle Rechtsschranken. Man muß nicht denken, daß der

---

11) Das was den Sieger und den Besiegten als gemeinsame Ueberzeugung verbindet, ist nur jener kriegsmäßige Gesichtspunkt streng gleichaustheilender „Aequität", daß was der Eine dem Anderen thun würde, er auch für sich anerkennen muß; s. darüber Beil. Nr. C. II.

1) Innerhalb eines einzelnen Volks kann der juristische Gegensatz von Kauf und Tausch Gegenstand genauerer Untersuchung werden müssen. In der großen Gesammtentwicklung der Völker ist er ein völlig flüssiger; es wird deßhalb auch hier auf die Unterschiede zwischen beiden nicht eingegangen. Grimm S. 427: „es waren in ältester Zeit Vieh und Waffen statt alles Geldes". Speciell die Germanen zeigen mehr Abneigung gegen das Geld; Caes. B. G. VI. 22: ne qua oriatur pecuniae cupiditas. Tacit. Germ. 5. Anders die Gallier Caes. VI. 17: Mercurium . . ad quaestus pecuniae mercaturasque habere maximam vim arbitrantur. — Die Britannier (Caes. B. G. V. 12): Utuntur aut aere aut taleis ferreis ad certum pondus examinatis, pro nummo . . . aere utuntur inportato.

Digitized by Google

II.

Händler, indem er durch die fremden Länder zog, darum so sehr gefährdet gewesen wäre. Man erkundet vorher, wo man willige Aufnahme finden werde; man knüpft Gastfreundschaften an; man bringt begehrte Waare; man holt Sachen, deren Abgabe erwünscht ist. Es bilden sich feste Straßen für die Züge der Händler, bestimmte Zeiten wo sie ihre Touren unternehmen; durch Vereinigung zu größeren Karavanen gewinnen sie Schutz gegen Ueberfälle, und an den Einheimischen, die ihr Kommen gern sehen, finden sie Rückhalt. Anders und gefährlicher, als für die seit Jahrhunderten und Jahrtausenden Africa durchziehenden, schwarzes und weißes Elfenbein zusammenbringenden, Händler wird auch in der indogermanischen Völkerfamilie, vor wie nach dem Völkereinzuge, die Durchführung des Handelsverkehrs zu keinen Zeiten gewesen sein. Nach dem Völkereinzuge ging vorzugsweise durch Deutschland (§. 3 A. 6) der Handelszug nach dem Norden; übrigens sagt Cäsar (§. 9 A. 4), seien die Deutschen mehr export- als importbedürftig. In Gallien war es anders; hier spielen zu Cäsars Zeiten die mercatores eine große Rolle[2]).

In dem griechischen Volke ist ebenfalls der Grundsatz, daß außerhalb des einzelnen Staates alles Recht aufhört. (Hermann

2) Caesar B. G. IV. 2: Quin etiam iumentis, quibus maxime Gallia delectatur, quaeque inpenso parant pretio, Germani inportatis his non utuntur. Von den Ubiern: c. 8: Ubii . . paullo quam sunt eiusdem generis et ceteris humaniores; propterea quod Rhenum attingunt multumque ad eos mercatores ventitant, et ipsi propter propinquitatem Gallicis sunt moribus adsuefacti. In Gallien sind die mercatores die Träger der Neuigkeiten, c. 5: et mercatores in oppidis vulgus circumsistat, quibusque e regionibus veniant, quasque ibi res cognoverint, pronunciare cogant. — Von den Belgiern Caesar B. G. I. 1: propterea quod a cultu atque humanitate provinciae longissime absunt, minimeque ad eos mercatores saepe commeant, atque ea quae ad effeminandos animos pertinent inportant.

Digitized by Google

§. 9): „Außer der Grenze seiner Heimath steht der Menſch ſo- 10
fort auch außer dem Geſetze und als ein völlig rechtloſer da[3]), der nicht allein, um liegendes Gut und Eigenthum in einem fremden Staate zu beſitzen, eine Bürgerin deſſelben zu heirathen u. ſ. w., ſondern ſelbſt zu ſeiner perſönlichen Sicherheit der ausdrücklichen Zuſage deſſelben bedarf". Aber das darf man wiederum nicht ſo nehmen, als wenn nicht reger Handelsverkehr zwiſchen Griechen und Griechen wie Nichtgriechen beſtanden hätte. Die Griechen haben gerade vorzugsweiſe in dem ganzen Umkreiſe des Mittelmeers Verkehr angeknüpft und dann auch Colonien angelegt. Alſo Rechtloſigkeit iſt nicht Verkehrsloſigkeit. Außerhalb des Rechts iſt nach Anſchauung des Alterthums immer noch der Schutz der Götter, und zwar ein in beſtimmten ſocialen Schutzeinrichtungen ſich verkörpernder. (Hermann §. 10): „Schon frühe trat der ſtrengen Rechtsanſicht mildernd das Gefühl der Humanität zur Seite, und die Religion, die Pflegerin jeder höheren Ahnung im Menſchen, lieh ihr dazu die Heiligkeit ihrer Formen. So ſchützte den Einzelnen das heilige Gaſtrecht[4]), und die fromme Scheu der Schutzflehenden[5]); die Ach-

3) Ebenſo bei den Italikern; Mommſen R. G. S. 154.

4) Ebenſo bei den Germanen, Caes. B. G. VI. 23: Hospites violare fas non putant: qui quaque de causa ad eos venerint, ab iniuria prohibent, sanctosque habent: iis omnium domus patent, victusque communicatur. Tacitus Germ. 21: Quemcunque mortalium arcere tecto nefas habetur; pro fortuna quisque apparatis epulis excipit. Cum defecere, qui modo hospes fuerat, monstrator hospitii et comes proximam domum non invitati adeunt. Nec interest, pari humanitate excipiuntur; notum ignotumque quantum adius hospitis nemo discernit. Abeunti, si quid poposcerit, concedere moris, et poscendi invicem eadem facilitas. Gaudent muneribus, sed nec data imputant nec acceptis obligantur. Victus inter hospites comis.

5) Ebenſo bei den Römern. Servius in Aeneid. 3. 117: genua Misericordiae, unde haec tangunt rogantes. Iure pontificali,

Digitized by Google

II.

tung der Herolde beschränkte selbst den hitzigsten Kampf, und sicherte stets die Möglichkeit friedlicher Beendigung. Alle Verträge wurden unter die Obhut irgend einer Gottheit gestellt". Die Römer nennen dies, im Gegensatz zum ius, das Gebiet des fas (Isid. or. V 2. 2): fas lex divina, ius lex humana est. Transire per alienum [das gilt auch von fremden Ländern], fas est, ius non est[6]). Man kann sagen, weil kein Rechtsschutz bestand, so fühlte die Sitte sich um so mehr gebunden, dem Fremdling schützend beizustehen.

Aber es gab doch auch schon früh Wege, dem Handelsverkehr einen dem ius sich nähernden Schutz wenigstens vorübergehend zu gewähren. Es galten überhaupt nach dem fas „Tempel und Heiligthümer auch bei feindlichen Einfällen als unverletzlich"; (Hermann §. 10): „Insbesondere wurden [in Griechenland] die religiösen Hauptfeste einzelner Städte frühe Veranlassung zu friedlichen und freundschaftlichen Berührungen benachbarter Völker, die sich hier gleichsam unter dem wirthlichen Dache des Staates zusammenfanden; um so mehr, da dieser ihnen nicht bloß festliche Spiele und Lustbarkeiten, sondern auch Sicherheit des Verkehrs im Handel und Wandel darbot, zu welchem Ende nicht selten ein eigener Gottesfriede ausdrücklich verkündet wurde." Auf den Märkten und Messen, die hier eröffnet wurden, haben wir uns wahrlich nicht bloß die stammverwandten Umwohner, sondern gerade vorzugs-

---

si quis flamini genua fuisset amplexus, verberari non licebat; — vgl. fr. 2 de his qui sui vel al. 1. 6: eorum qui ex familia Iulii Sabini ad statuam confugerunt.

6) Servius in Verg. Georg. 1. 269: fas et iura sinunt i. e. divina humanaque iura promittunt, nam ad religionem fas, ad homines iura pertinent. — Ueber die Zugehörigkeit zu seiner civitas galt der Satz: de sua civitate cuique constituendi facultas libera est; vgl. Beil. Nr. A. XIII. 3.

Digitized by Google

weise auch die völlig volksfremden, peregrinen mercatores ver- 10
sammelt zu denken. — Ganz gleichartig waren auch im alten Italien die religiösen Hauptfeste, wie z. B. das Neptunsfest, auf welches die Sage den Raub der Sabinerinnen verlegt[7]).

Aus diesen Festesmärkten haben sich die stehenden Märkte, und aus dem Gastrechte des fas haben sich allmälig (oft durch besondere Handelsverträge specificirte) dem ius angehörige Schutzrechte für den Verkehr entwickelt. — In Rom haben diese endlich in der Aufstellung des praetor peregrinus ihren Abschluß gefunden, und mit dem Ausdruck „ius gentium" ihre Reception in das Rechtsgebäude empfangen. —

Wie ist nun nach diesem fas in der ältesten Zeit, ehe sich irgend welches ius entwickelte, die Stellung des internationalen

---

7) Liv. I 9: Ludos ex industria parat Neptuno Equestri solennes: Consualia vocat. Indici deinde finitimis spectaculum iubet: quantoque apparatu tum sciebant aut poterant, concelebrant, ut rem claram exspectatamque facerent. Multi mortales convenere .. maxime propinqui quique ... Turbato per metum ludicro, moesti parentes virginum profugiunt, incusantes violati hospitii foedus: deumque invocantes cuius ad solenne ludosque per fas ac fidem decepti venissent. Vom alten mythischen Gesetzgeber Numa heißt es Cic. de rep. II. 14: idemque mercatus ludos omnesque conveniendi causas et celebritates invenit. [Unter mercatus sind „Messen" im Gegensatz der gewöhnlichen nundinae zu verstehen; diese mercatus (früher geschrieben merk.) sind sehr alt. Mo. S. 193. 216. A.*] — Aus diesen Tempelfesten haben sich dann bei den Griechen die Amphictyonien entwickelt [welche „nichts sind als geschlossene Vereine der Nachbarvölker eines Heiligthums ohne Rücksicht auf Stammverschiedenheiten, einzig zum Zweck wechselseitiger Befriedung und gemeinsamer Festfeier," Hermann §. 11], und an diese schließen sich erst die eigentlichen „Bünde", wie namentlich der Pyläische Bund (Hermann §. 12—14). — Gleichartig, wenn auch mit wesentlichen nationalen Differenzen, wird auch die Entwicklung der italischen Bünde insbesondere des latinischen zu denken sein. Vgl. darüber Mommsen S. 37 ff.

Digitized by Google

II.

10 Kaufs zu denken? Daß der internationale Verkehr schon im Urvolk existirte, ist nach der bisherigen Entwicklung nicht zu bezweifeln; und daß das Urvolk schon den Kaufbegriff kannte, beweist mit Sicherheit die Sprache; Curtius 448: Skt. [ved.] vasnas Kaufpreis, vasnam Lohn; Gr. ὠνος Kaufpreis, ὠνή Kauf, ὠνέομαι kaufe; Lat. venum, veneo, vendo; Ksl. věniti (vendere) [věno (dos) vgl. oben §. 6 nach Anm. 2]. Der Ort, wo zum Verkauf die Dinge zusammengetragen werden, heißt das forum [Varro L. L. V 145: quo conferrent suas controversias et quae vendere vellent quo ferrent forum appellarunt]. Da wir Schutzeinrichtungen des ius immer erst als spätere zu denken haben, so ergiebt sich als der reine Zustand des fas für die Urzeit mit Nothwendigkeit: der Realkauf (vendere praesenti pecunia), d. h. die unmittelbar reale Gegeneinanderleistung beider Sachen oder der Sache und des Preises. Mit dem Herübergegebensein beider Gegenstände hat die Angelegenheit die Kraft des eigenen Schwergewichts. Jeder schützt sich mit seinen Waffen in seinem Besitz. Verträge auf Leistung konnten ja nur unter den Schutz der Götter gestellt sein, ihre Ausführung mußte immer erst noch erkämpft werden. Es konnte also Derartiges ursprünglich nur unter ganz besonderen Umständen eintreten und als allgemeine Regel gar nicht in Betracht kommen.

Wir haben hier einen Punkt, den ich für einen der wichtigsten Uranfänge des Rechts halte. Aber er ist noch nicht Recht in unserem Sinne (ius), er ist die „Physis" eines Verhältnisses, das erst allmälig zu ius erstarkt. Hier schon von einer Unterscheidung von Sachenrecht und Obligationenrecht zu sprechen, hat gar keinen Sinn, es ist der reine Realismus der vollendeten Thatsache. Gerade aber dieses Internationale des Kaufs ist ein in den Urzuständen, wie etwa die des §. 3 A. 4, zuerst Hervortretendes. Unter den Stammesgenossen zu tauschen oder zu kaufen,

Digitized by Google

ist fast gar kein Anlaß: seine Nahrung durch Jagd schafft man sich selbst; sein Vieh züchtet man selbst, um lacte atque pecore zu leben (§. 9 A. 2); seine Kleider und Waffen macht man selbst mit den Seinen; sein Zelt- oder seinen Pfahlbau zur Wohnung macht man mit dem aus dem offenen Walde entnommenen Material sich wiederum selbst zusammen mit den Seinigen. Aber die ersehnte fremde Waare vom Händler muß man durch Gegengabe kaufen; hier tritt das erste Bedürfniß nach einem „Rechtsacte" des Erwerbes, wie wir jetzt sagen würden, hervor[8]).

In dem internationalen Realkauf haben wir das Prototyp eines Friedensactes vor uns. Er ist ein in friedlicher Uebereinstimmung ausgeführtes negotium, der Anfang alles Commercium. Er ruht gerade so gut wie das Erjagen und Zähmen der Thiere auf naturalis ratio, auf der „realen Naturordnung". Der Mensch, der dieser Dinge bedarf, muß, da er sie nicht mehr naturfrei findet, und es sich nicht um feindliche Wegnahme handelt, sie vom Anderen naturali ratione mit dessen consensus Gai III. 154 (s. oben §. 9.) zu gewinnen suchen. Also von dem, der sie hat, muß er sie durch Gegengabe dessen, was dieser wünscht, ertauschen. Die Ursprungsgestalt dieses Geschäfts ist mithin auf naturalis ratio gebaut [und das nennen die Römer hinterdrein ius naturale, obgleich es anfangs nur fas war], und sie ist international [und das nennen die Römer hinterdrein ius gentium, obgleich es ursprünglich nur fas war].

Wie aber war es denn, wenn es Kauf mit den auswärtigen

8) Deßhalb bestand auch in manchen Völkern eine Antipathie gegen die fremden Händler und das Geld. Die damaligen „Reactionäre" meinten Geld und Kauf ganz entbehren zu können, wenn man nur in der Weise der Altvordern lebe, und sich den verderblichen Lockungen einer verweichlichenden von Außen eindringenden Cultur entgegenstemme; vgl. Anm. 1 u. 2 a. E. — Ueber das Verbot der Edelmetalle als Tauschmittel für die Spartiaten s. unten §. 19.

Digitized by Google

II.

Händlern gab, mit Kauf und Tausch innerhalb der Stammesgenossen? Selbstverständlich war dieser, wenn auch weniger vorkommend, doch auch wiederum nicht verboten und ausgeschlossen. Aber es ist erklärlich, daß für den Kreis der Stammesgenossen (für den ja eben das ius gilt) der Kauf, da wo er vorkommt und namentlich in Betreff wichtigerer Sachen, nicht lediglich unter jenem allgemeinen internationalen Gesichtspunkte verbleibt; daß er unter bestimmte Satzungen des ius gestellt wird. Wir berühren hiemit ein wichtiges Moment, das civile, das nothwendig erst späteren Ursprungs sein kann, und hier einstweilen noch unerklärt bleiben möge. Jedenfalls kann vor seinem Entstehen der Zustand unter den Stammgenossen nicht anders gedacht werden, als gegenüber den peregrinen Händlern. So gelangen wir zu dem Satz: als Anfang, von dem die Kauf- und Tauschlehre ausgeht, ist der Realkauf, internationaler wie innengenossenschaftlicher, zu denken. Es muß in allen indogermanischen Völkersträngen die dann möglicherweise weit auseinandergehende Entwicklung jenen Anfang noch erkennen lassen. Daß er im lateinischen Strang in dem Rechtssatze steckt, das Eigenthum der erkauften und tradirt erhaltenen Sache gehe erst mit der Preiszahlung über, habe ich in meiner „Mancipation und Tradition" ausgeführt. Die dies erklärenden berühmten Worte des §. 41 I. de rer. div. 2. 1 sind ganz genau richtig. Der Satz, daß die reale Eigenthumsleistung der Waare das reale Geleistethaben des Preises voraussetzt, ruht auf naturalis ratio und ist zugleich von Anfang an ius gentium [fas]: tamen recte dicitur, et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Naturalis ratio und ius gentium coincidiren hier, oder wie man auch sagen kann: der Realkauf ist zugleich Naturalkauf[9]) und Internationalkauf.

9) Lediglich den Ausdruck „Naturalkauf" zu gebrauchen (wie Bechmann S. 8 vorschlägt), ist nicht passend, da damit nur die Eine Seite der Sache

3) Zu den beiden Punkten der Eigenthumsoccupation und des Kaufs wäre nach der naturalis ratio an sich noch als dritter zu stellen: die Fabrication. Aber da diese naturalis ratio nicht von Anfang an gleichmäßig in den verschiedenen indogermanischen Strängen sich zu positivrechtlicher Geltung durchzuarbeiten vermogt hat [hauptsächlich in Folge der Sklavenarbeit, die das südeuropäische Leben tief verdorben hat, gegenüber dem in dieser Hinsicht gesünderen nordeuropäischen vgl. §. 9], so fehlt hier das indogermanisch Gemeinsame. Die Bedeutung der Fabrication im röm. Recht habe ich in diesen Studien III S. 119 ff. entwickelt. Indem sich die dort erörterte, der Fabrication zum Grunde liegende naturalis ratio der hier in diesem Heft durchgeführten Erklärung des Gesammtbegriffs der naturalis ratio als „der realen Naturordnung" von selbst einfügt, so glaube ich die Fabricationsfrage, die nach der deutschrechtlichen und allgemeinmodernrechtlichen Seite hin noch vielfacher Untersuchung bedarf, hier fernerhin nicht eingehend in Betracht ziehen zu sollen. —

Aber in Betreff jener anderen beiden Punkte, der Eigenthumsoccupation und des Kaufs, muß ich noch ein rückerinnerndes Wort hinzufügen. Sie sind Urbegriffe, nicht des „Rechts" in unserem Sinne des consolidirten Begriffs, wohl aber der „Physis" der Verhältnisse; sie sind nach unserer modernen Anschauung: werdendes Recht. Als solche real festorganisirte Verhältnisse (Herrschaft im Besitz verkörpert, und durch das reale Gleichgewicht der menschlichen Zustände aufrecht erhalten) waren sie der Menschheit schon zu vollem Bewußtsein gekommen und durch évas (mos) geheiligt (vgl. §. 7 Nr. 1), ohne damit auf einem, im Kreise eines einzelnen oder mehrer einzelner Völker verkörperten, eine besondere selbständige Zwangskraft involviren-

bezeichnet wird. — Daß auch im germanischen Recht der Kauf zunächst als Realkauf auftritt, dann aber ganz andere Wege geht, als das römische Recht, darüber vgl. Sohm Trauung u. Verlobung (1876) S. 13.

Digitized by Google

II.

10 den „Rechtsbewußtsein" zu beruhen. Doch aber sind sie im Sinne der Urzeit schon als wirkliche Rechtsinstitute zu bezeichnen. Daher erklärt sich, daß sie, wie wir gesehen haben, auch schon in Urzeiten zur „juristischen Construction" verwendet werden konnten, indem sie im internationalen wie innengenossenschaftlichen Mädchenraub und Mädchenkauf zu Eingehungsgestalten der Ehe gemacht wurden.

11 §. 11. — B. Das Resultat der bisherigen Erörterung ist folgendes: Das indogermanische Urvolk hat schon den Eigenthumsbegriff gehabt, aber dieser bezieht sich nur auf bewegliche Sachen. Der Kern der Eigenthumsoccupation ist das, eine ganz neue Epoche der Urzeit bildende, Zähmungsverhältniß an beweglichen Sachen; und [die Fabrication, sowie] der internationale Realkauf hat ebenso nur bewegliche Waare zum Gegenstande. Giebt es für diese Sätze äußere Beweise? Prüfen wir.

1) Wir haben zwei aus dem Urvolk stammende Wörter für den Eigenthümer.

a) Dominium kommt nicht von domus, wie man nach der bekannten, beide Wörter alliterirend verbindenden, Pandektenstelle [1]) vielfach geglaubt hat. Domus kommt vom Stamm δεμ, dominium aber vom Stamm δαμ. Domus lebt noch in unserem Worte: zimmern, Zimmer; Curtius 265: Skt. damas, dam (ved.) Haus, dampati Hausfrau; Zd. dema Wohnung; Gr.

1) Fr. 195 §. 2 de V. S. 50. 16 (Ulp.): pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam, sed et ius demonstramus. Dominium ist danach nicht zu verstehen als: die „rechtlich anerkannte Hausgewalt". Die Römer schieben hier, ohne Kunde von richtiger Etymologie zu haben, etwas Anderes später Gewordenes dem Sinne nach unter. Potestas ist das etymologisch richtige Wort für Hausgewalt; s. oben §. 7 Nr. 1.

Digitized by Google

δέμω baue, δέμας Bau, Geſtalt, δόμος Gebäude, Gemach, δῶμα Haus; Lat. domus, domesticus, domicilium, Domitius (?); Agſ. timber; Ahd. zimbar (lignum, aedificium); Goth. timrjan (οἰκοδομεῖν); Kſl. domŭ Haus; Lit. námas Haus (?); Altir. aurdam, erdam (prodomus). — Dagegen dominium lebt noch in unſerem: Zähmen, zahm; Curtius 260: Skt. dâmjâmi (damajâmi, damanjâmi) bin zahm, zähme, part. damitas (domitus), — damas in Comp. bändigend, damanas (domitor), damjas junger Stier; Gr. δάμνημι, δαμάω, δαμάζω bändige, bezwinge, δάμαρ (ſt. δάμαρτ) Gattin [vgl. §. 6 Anm. 1], — δαμος in Comp. bändigend, ἄδμη(τ)ς ungebändigt, δμώς Sklave, δαμάλης Stier; Lat. domare, domitus, domitor, dominus. Goth. gatamjan (δαμᾶν), Ahd. zamon zähmen, zam zahm; Altir. dam Stier.

Alſo dominium iſt das Gezähmtſein und Gezähmthaben, überhaupt das Zähmungsverhältniß. Das Object iſt das Thier (insbeſondere als wichtigſtes: der Stier) und der Sklav[2]). Von dieſem Hauptpunkte aus wird alles Uebrige, wie der gefundene Stein (die fabricirte Sache), die gekaufte Sache allmälig mit darunter begriffen[3]). Es liegt im Wort gleich das, was

2) Die römiſche potestas (ſ. d. vor. Anm.) iſt eine abſolute; aber daraus iſt gar kein Schluß dahin zu ziehen, daß die Objecte „Sachen", alſo im dominium, ſeien. Ob man im Dominium ſtehe oder nicht, entſcheidet ſich aus der Begründung. Sein Kind hat der Hausherr „erzeugt", (fr. 11 de lib. et post. 28. 2 „genitor") alſo das iſt patria potestas; ſein Hausthier, ſeinen Sklaven hat er ſich [die Verhältniſſe als zuerſt begründet gedacht] „gezähmt", alſo das iſt dominica potestas. „Wahres Eigenthumsrecht" (Mommſen R. G. S. 58) iſt danach an Kind (und Frau) nie angenommen worden.

3) Dies iſt freilich eine juriſtiſche Zuſammenfaſſung, zu der es vielleicht langer Zeiten bedurft hat, und zu der es beim Abzuge des germaniſchen Stranges wohl noch nicht gekommen war. Grimm S. 491: „Be-

Digitized by Google

II.

11 für das Eigenthum immer das vorzugsweise Charakteristische ist, der Hinweis auf die iusta causa des Erwerbs, das Wohlerworbensein[4]). Daraus leitet es sich ab, daß der dominus sich die ganze Substanz der Sache, nicht bloß die äußere Gestalt, zurechnet („das Substanziirtsein", „ipsa res" vgl. Anm. 5).

b) Es wird sich weiter unten zeigen, daß der Eigenthumsbegriff an Grund und Boden, wie die indogermanischen Völker ihn in historischer Continuität überhaupt verwenden, erst vom Völkereinzuge datirt. Ob sie ihn vorher überhaupt schon gehabt haben, wissen wir nicht. Jedenfalls ist klar, daß der Begriff des Besitzens erst von einer Zeit herstammen kann, wo man auf dem Grund und Boden ansässig ist. Grundstücke „besitzt" man, nicht bewegliche Sachen. So ist denn auch aus den verschiedensten Punkten ersichtlich, daß der Begriff der possessio von den Grundstücken ausgegangen und dann erst auf bewegliche Sachen übertragen ist[5]). Bewegliche Sachen dagegen beherrscht man mit der Hand. Wird also in der Sprache (die ja nicht künstelt, sondern die Sache nach der Anschauung bezeichnet, welche zur Zeit des Aufkommens des Wortes besteht) das factische Herr-

---

merkenswerth scheint, daß der altdeutschen Sprache substantivische Ausdrücke für dominus im Sinne von Eigenthümer mangeln".

4) Dem Nichtjuristen Peschel ist es nicht zuzurechnen, daß er diesen Begriff des Wohlerworbenseins nicht trennt vom bloßen „Nehmen" (worunter auch der Diebstahl an Sippengenossen gehören würde) und also sagt (S. 250): „Wo irgendwo auf Erden der Mensch zu Brauch oder Genuß eine Sache ergriffen hatte, da hielt er sich von jeher für ihren Eigenthümer". — Vgl. über den Diebstahl im Urvolk (und die Hausfuchung wegen Diebstahls) unten §. 12.

5) Festus: Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii, non ipse fundus aut ager. Possessiones appellantur agri late patentes publici privatique, qui non mancipatione sed usu tenebantur, et ut quisque occupaverat, collidebat [possidebat, colebat]. Isidor. Or. XV. 13. 3.

Digitized by Google

ſchen, und implicite denn auch das Sichzurechnen der Subſtanz, 11
die „res ipsa", damit ausgedrückt, daß man die Sache „nimmt"
„faßt" „handhabt", ſo iſt das ein Zeichen, daß zur Zeit des Auf-
kommens dieſes Worts die „Herrſchaft" nur an beweglichen
Sachen ſtatt fand. Dieſer Sinn des „Handhabens", der „Ober-
hand", liegt in der That ſeit dem Urvolk in dem ſo eben ſchon
verwendeten Wort „Herrſchaft". Curtius 189: Skt. haranam
Hand [6]), harâmi (rapio, adipiscor, alſo mit der Hand die Sache
erfaſſen); Zd. zar ergreifen; Gr. χείρ Hand, εὐχερής leicht zu
behandeln (δυσχερής), χέρης unterthan (Comp. χερείων, χείρων)
[Ἥρη die Herrin; Preller Gr. Mythologie I. S. 104]; Altlat.
hir (manus); Lat. herus, hera, heres [Festus: heres apud
antiquos pro domino ponebatur], hereditas, heredium [vgl.
Bruns font. p. 23 [VII. 3] und p. 243 zu not. 1] [7]).

§. 12. — 2) Wir haben eine beſtimmte, zunächſt deutlich 12
auf bewegliche Sachen ſich beziehende Form der Rechts-
verfolgung, die ſowohl der germaniſche wie der italiſche Strang
ſich bewahrt hat, die wir alſo ſchon dem gemeinſchaftlichen Ur-
volk zuſchreiben müſſen. Daß an ſich eine beſtimmte äußere For-
malität der Rechtsgeltendmachung in beiden Strängen fortge-

6) Curtius 189 überſetzt herus mit: der „Nehmer". Deßhalb weil das „Faſſen" mit der Hand (und in Folge deſſen das „Haben") im herus enthalten iſt, tritt dies auch in der Verwendung des Worts capere her-vor: mancipatio, pignoris capio, usucapio, usureceptio.

7) Ueberreſte davon, daß die Hand das Zeichen der factiſchen (und damit auch rechtlichen) „Herrſchaft" war,: das deutſche Wort munt (was „Hand" bedeutet, Grimm S. 447); Altn. handhasi (mentenedor) Grimm S. 491; herro Ahd. nur gegenüber Sklaven gebraucht, Grimm ebendaſ.; — im Lateiniſchen: uxor in manu, mancipatio, manumissio [fr. 4 pr. de iust. et iur. I. 1: manui et potestati suppositus], die manus beim iactus lapilli [fr. 20 §. 1 quod vi aut cl. 43. 24: manum opponentis vel lapillum iactantis prohibendi gratia, — §. 3 A. 9], manus iniectio [fr. 10 §. 1 de in ius voc. 2. 4; Bruns font. p. 298 (419) Gai. IV. 21].

Digitized by Google

II.
12 tragen werden konnte und fortgetragen worden ist, habe ich bereits im Hammerwurf und iactus lapilli gezeigt (§. 3 A. 9). Daß aber auch sogar das unveränderte Festhalten bestimmter herkömmlich concipirter Wortformeln eine durchaus nicht (trotz der Länge der Jahrhunderte, ja Jahrtausende) verwunderliche Sache ist, wird sich aus dem Folgenden ergeben. Ich komme hier auf einen Punkt, den ich als einen für das Verständniß des höchsten Alterthums vorzugsweise wichtigen ansehe.

Man sollte denken, daß Wortformeln sich unmöglich unverändert durch Jahrtausende hinziehen konnten, in denen die Schrift, um sie aufzuzeichnen, fehlte. Aber es ist uns eine Nachricht aufbewahrt worden, wodurch uns mitgetheilt wird, wie die Menschen den Mangel ersetzt haben[1]). Cäsar erzählt uns von den Galliern (Kelten) und von ihren Druiden (VI. 13. 14): Einer der Druiden ist ihr Oberster, der, mit höchster Autorität bekleidet, durch Würdigkeit oder Abstimmung der Druiden, zuweilen auch durch offenen Kampf, zu seinem Amte gelangt. Zu bestimmter Zeit des Jahres lassen sich die Druiden im Gebiet der Carnuten, mitten in Gallien, an geheiligter Stelle nieder: huc omnes undique qui controversias habent conveniunt, eorumque decretis iudiciisque parent. Also die Druiden haben auch Rechtsangelegenheiten zu entscheiden. Die Druiden haben nun eine Geheimwissenschaft (disciplina), die aus Britannien nach Gallien gebracht sein soll, und wer sie studiren will, reist (zu Cäsars Zeiten) meist deßhalb nach Britannien. Die Druiden sind von allen möglichen Lasten, insbesondere auch Kriegsdienst, befreit, und darum gilt Vielen der Druidenstand als erstrebenswerth. So kommen, aus freien Stücken oder von Eltern oder Verwandten gesandt, immer Viele

1) Danach hat das sicher wortgetreue Forttragen auch der ältesten Bedenstücke, der Edda, in einer des Schreibens noch nicht kundigen Zeit durchaus nichts Befremdliches.

Digitized by Google

zum Studium der Disciplin zusammen. Dabei müssen sie eine 12
große Zahl von versus (Versen, Formeln) auswendig lernen, und zu dem Zweck bleiben Manche an zwanzig Jahre in der Disciplin. Nichts darf niedergeschrieben werden, während im Uebrigen griechische Schrift in Gebrauch ist[2]). Cäsar erklärt diese Unzulässigkeit der Niederschreibung aus der Absicht sicherer Geheimhaltung und der Gedächtnißstärkung, da bekanntlich man Niedergeschriebenes leichter vergesse.

Offenbar datirt dies Auswendiglernen der Disciplin aus der Zeit vor der Kenntniß einer Schrift. Es wurde nur, als man später griechische Schrift kennen lernte, als festgewurzelte Institution festgehalten. In dieser Gestalt aber kann die durch Auswendiglernen in der festgeschlossenen Druidencorporation fortgetragene Disciplin, die sich, da die Druiden auch Richter waren, auf Rechtsformeln mitbezogen haben muß, Jahrtausende hindurch, seit dem Bestande der Druidencorporation, in sicherer historischer Continuität bewahrt worden sein. Nun ist freilich eine so festgeschlossene Priestercorporation und so strenge Disciplin bei den Germanen, wo Alles ungebundener auftritt, nicht anzunehmen; also kann man bei ihnen so wortfeste Rechtsformeln, wie wir sie bei den Römern finden, nicht suchen wollen. Aber auch bei den Germanen „scheinen in ältester Zeit die Priester bedeutenden Einfluß auf das Gericht gehabt zu haben" (Grimm S. 750), und danach können wir auch hier die Priester als Träger sachlich fester Rechtstradition voraussetzen. — Und wie nun im italischen Strange? Die Tradition hat es für die Haupt-

2) Massalia an der Keltenküste ist von den Phokäern in der Mitte des zweiten Jahrhunderts der röm. Stadtrechnung gegründet worden (Mommsen R. G. S. 142). Seitdem mag in langsamer Wanderung der Gebrauch der griechischen Schrift zu den Druiden gelangt sein, wofern nicht auf dem Wege über Hatria und Spina (Mommsen R. G. S. 215) sie ihnen schon früher zugetragen worden ist.

Digitized by Google

II.

12 ſache erachtet, zu conſtatiren, daß Rom (abgeſehen von den Sacra des Evander) auf die albaniſchen (d. h. eben auf die altitaliſchen) Sacra gegründet worden iſt[3]). Daß die römiſchen Prieſter eine feſt organiſirte Corporation waren, die eine Geheimdiſciplin in ſich bewahrte, iſt bekannt. Auch daß ſie nicht bloß Wächter der Sacra, ſondern auch, als Vorgänger des Prätors, die Leiter der Privatrechtsangelegenheiten waren, ſteht feſt[4]). Nun habe ich oben gezeigt, daß die altrömiſche ſacrale Inteſtaterbfolge (für die auch das Wort: „heres" aus dem Urvolke ſtammt) ganz genau in der altindiſchen Sradd'haerbſchaft der Sapindafamilie wiedererkennbar iſt. Wir haben damit den Nachweis der hiſtoriſchen Continuität mit dem Sacralweſen des indogermaniſchen Urvolks. Ferner habe ich gezeigt, daß die aqua et igni coniunctio der römiſchen Prieſterehe (confarreatio) ſich ſchon im altindiſchen Recht findet. Wir haben damit den Nachweis der hiſtoriſchen Continuität der italiſchen Prieſtercorporation mit dem Urvolk. Nun iſt aber ſprachlich und nationalhiſtoriſch das Keltiſche dem Italiſchen am Nächſten ſtehend (Schleicher S. 6: „Italiſch und Keltiſch ſind einander ähnlicher als dem Griechiſchen"). Danach wird wohl keine kühne Willkür in der Annahme gefunden werden, daß zur Zeit des Mangels einer Schrift die italiſchen Prieſter das Auswendiglernen der versus zur Herſtellung feſter Rechtstradition gerade ſo gut exercirt haben wie die keltiſchen, und daß auf dieſem Wege Rechtsformeln aus dem Urvolke her ſehr wohl bewahrt werden konnten. —

3) Liv. I. 7: Sacra diis aliis Albano ritu; Graeco, Herculi, ut ab Evandro instituta erant, facit . . . Haec tum sacra Romulus una ex omnibus peregrina suscepit. Von der perſonificirenden Sage wird Vieles von den sacra auf den alten mythiſchen Geſetzgeber Numa zurückgeführt, Cic. de rep. II. 14.

4) Fr. 2 §. 6 de or. iur. 2. 2: collegium pontificum, ex quibus constituebatur quis quoquo anno praeesset privatis. Meine Geſch. d. R. S. S. 7. 8.

Digitized by Google

Hiernach wird man Folgendes erklärlich finden. Wir haben 12
im Germaniſchen eine uralte Geſtaltung einer Klage, actio, die ganz in denſelben Punkten auch das römiſche Recht (und zwar hier: auch in genau feſtgeſtellter Formel) darbietet. Sie muß alſo ſchon aus dem Urvolk ſtammen. Im deutſchen Recht iſt es die Anefangsklage[5]). Sie enthält als die weſentlichen Punkte: a) Anfaſſen des gegenwärtigen Hausthiers [alſo bewegliche Sache — und zunächſt lediglich conſtruirt für das „Zähmungsverhältniß", das „dominium" im urſprünglichen Sinn; — dann erſt ausgedehnt auf „unbelebte Sachen", Grimm S. 591]; b) Behauptung des Eigenthums, c) Beſchwören dieſer Behauptung, d) Vornahme des Anſprechens vor dem Richter (Prieſter). — Demgegenüber hat die Grundklage des römiſchen Rechts [ich gehe hier natürlich nicht in Detailnachweiſe ein], die actio sacramenti, folgende Punkte: a) Anfaſſen der gegenwärtigen Sache [mobilia quidem et moventia, quae modo in ius adferri adducive possent, Gai. IV. 16, alſo bewegliche Sache, — auf andere offenbar erſt übertragen, Gai. IV. 17; ipsam rem adprehendebat]; b) Behauptung des

5) Grimm S. 588—591: „Bei Vindication des entfremdeten Hausviehes mußte der ſchwörende Eigenthümer es mit Hand und Fuß berühren (anefahen). Dieſe Berührung des gerichtlich angeſprochenen Thiers und während geſchworen wurde, ſcheint vom höchſten Alterthum [wie der Hammerwurf oben §. 3 A. 9]; das Hausvieh mußte leiblich mit in den Rechtshandel gezogen werden; man glaubte durch Stillhalten des Ohres und Fußes beſtätige, durch Wegrücken entkräfte das Vieh den geleiſteten Eid" [offenbar als ein gegen dieſen als Herrn zahmes oder nichtzahmes]. Der Eid geht darauf, daß „der Eigenthümer Gott und ſeine Heiligen anruft, daß ſie ihm helfen, ſo wahr er des Viehs rechter Eigenthümer ſei"; „per reliquias actor iurabit, animalis nullum dominum praeter se". „Auch die Stellung der Hände und Füße iſt bemerkenswerth . . Beide müſſen denen beim Hammerwurf verglichen werden und ſcheinen deſto alterthümlicher."

Digitized by Google

II.
12 Eigenthums: aio hanc rem meam esse; c) Beſchwören dieſer Behauptung (sacramentum); d) Vornahme des Anſprechens vor dem Magiſtrat (Prieſter), in ius adferri adduci [6]).

Freilich ſind beide Klagen, die Anefangsklage und die actio sacramenti in den beiden Völkerſträngen allmälig juriſtiſch ſehr weit auseinander gegangen. Das aber iſt kein Gegengrund gegen ihre im Grundbau völlig identiſche Conſtruction [7]). Auch in Betreff des Anlaſſes, der in den Urzeiten vorzugsweiſe zur Klage führen mußte, Diebſtahl und Aufſuchung der geſtohlenen Sache, um dann die Vindication vornehmen zu können, beſteht die ſchon von Grimm S. 640—642 und Klenze S. 119 Anm. 3 hervorgehobene Identität des Rechts der Hausſuchung [„ransak“ — „lance et licio“ vgl. Bruns font. p. 28 n. 15], die ſich hier auch auf das griechiſche Recht erſtreckt [8]).

Wir haben hiermit (ein ungemein wichtiges Moment für

6) Danach dann auch für nichtcontentiöſe Uebertragungsacte verwendet als in iure cessio: a) Anfaſſen der Sache (rem tenens); b) Behauptung des Eigenthums: aio hanc rem meam esse [der Eid fällt hier weg, da kein Streit iſt, indem der Gegner ſchweigt]; c) Vornahme des Anſprechens vor dem Magiſtrat: apud magistratum . . eam rem addicit. Gai. II. 24. Vgl. dieſe Studien III. S. 268 A. 4.

7) Finden wir eine gemeinſame Klageinleitung, ſo kann es nicht Wunder nehmen, daß auch eine eigenthümlich rechtsactliche Sitte, das Zupfen am Ohr zum Zeichen der Zeugenherzuziehung [Grimm S. 857 erklärt das Wort „Zeuge“ als: entweder der „Zugezogene“, oder geradezu: der „Ohrgezogene“], ſei es für die Proceßeinleitung, ſei es zu anderen Rechtsacten, eine germaniſch (Grimm S. 143—146) und römiſch (Horat. Sat. I. 9. 75—77) gemeinſame iſt. Man darf nicht, wie Grimm S. 146 richtig ſagt, die germaniſche Sitte aus der römiſchen herleiten wollen; — beide ſtammen aus einer gemeinſamen Urquelle her.

8) Eine Folge der Uebereinſtimmung in der actio iſt, daß auch die Einleitung des Proceſſes im germaniſchen (mannire) und römiſchen Recht (in ius vocatio) gleichartig geſtaltet iſt; Grimm S. 842. [Aehnlich auch bei den Griechen: Hermann §. 140 A. 2. 3.]

Digitized by Google

eingehendere Unterſuchungen) aus dem indogermaniſchen Urvolke 12
her zwei Handlungen zur Bethätigung des Rechts conſtatirt:
a) den Hammerwurf[9]), Waffenwurf, iactus lapilli,
zur Feſtſtellung der Grenzen; der, wenn auch ſich auf das ſeit
dem Völkereinzug gewonnene Ländergebiet beziehend, doch als
Rechtshandlung ſchon von früher her im Volke feſtſtehen mußte.
In den ſtabiler werdenden Grundverhältniſſen lag die Urſache,
daß er allmälig verkümmerte. b) Die actio aio rem meam
esse in Betreff beweglicher Sachen, vor dem Oberen
(Prieſter, Magiſtrat), unter Anfaſſung der Sache. Dieſe actio
(ἀγών)[10]), die dann der Kern der Entwicklung des römiſchen
Proceſſes geworden iſt, hat demnach ſchon Jahrtauſende exiſtirt,
ehe ſie römiſche legis actio wurde.

§. 13. — C. Die actio iſt nach dem Bisherigen nur: die 13
den Wettkampf u. ſ. w. beginnende Bethätigungshandlung der
wohlerworbenen Befugniß. Ich ſage hier abſichtlich nicht: des
„Rechtes". Denn Recht in unſerem heutigen Sinn, als eine
vom Staat mit äußeren Zwangsmitteln verſehene Befugniß, giebt
es im indogermaniſchen Urvolk noch gar nicht. Das iſt eben erſt
Product einer Entwicklung von Jahrtauſenden, die wir durch

9) Daher die deutſche Redensart: „Der wirft das Beil zu weit" (behauptet zu viel) ſ. Altdeutſcher Witz u. Verſtand (Bielefeldt. Velh. & Claſ. 1877) S. 192.

10) Curtius 117: Skt.: agâmi gehe, treibe, ſchwinge, agas Treiber, agman Zug, agmes Bahn, Zug, âgis Wettlauf; Zd. az, führen, treiben; azra Jagd; Gr. ἄγω, ἀγωνέω treibe, führe, ἀγός, ἄκτωρ Führer, ἀγών Wettkampf, ἀγυιά Straße, ὄγμος Zeile, ἄγρα Jagd; Lat. ago, agmen, agilis, actor, actio, actus; Altn.: aka (ago); Altir. atomaig attotáig atobaig (adigit me, te, vos). — In beiden Handlungen, dem Waffenwurf und der actio: aio rem meam esse, liegt gleichmäßig der allgemeine Gedanke, daß man ſeine Anſprüche durch Waffenkraft geltend macht und aufrechthält; — derſelbe Gedanke, der im Völkerrecht noch jetzt herrſcht. — Vgl. auch den Zuſ. a. Schluß d. Heftes.

Digitized by Google

II.

13 genaue Unterſuchung in ihren einzelnen Momenten darzulegen verpflichtet ſind. Aeußerer Rechtsſchutz exiſtirt im Urvolk noch nicht, man ſchützt ſich ſelbſt, und rächt alle Kränkungen ſelbſt. Die actio iſt nur die Einleitung und alſo Stück des damit beginnenenden Wettkampfes, hinweiſend auf eine noch frühere Urzeit, wo man überhaupt nach erlittener Kränkung gleich den Kampf begann. Gegenüber dem reinen Kampfzuſtand trägt ſie ſchon einen außerordentlichen Fortſchritt zu höherer Geſittung in ſich. Der Gekränkte tritt zur Einleitung des Kampfs mit dem Gegner vor den Oberen (Prieſter), die Behauptung ſeiner „Fugniß" im Widerſpruch zum Gegner wird genau conſtatirt, und durch den Schwur wird der Streit, für den es noch kein ius giebt, unter das fas geſtellt. Den Streit entſcheiden kann kein Menſch, kein Richter. Durch den Schwur ruft man die Götter herbei, die Streitenden beginnen darauf den phyſiſchen Kampf, und im Siege bethätigt ſich der Spruch der Götter. Nach der Auffaſſung des indogermaniſchen Urvolks wird jeder Proceß durch Kampf und Gottesurtheil entſchieden. Dieſer Kampf iſt nicht mehr der rohe ungeregelte, er iſt der ordnungsmäßig zur Herabholung des Götterwillens eingeleitete „Wettkampf". — Sehen wir, welches Material zum Erweiſe dieſer Sätze vorliegt.

1) Ich beginne die Erörterung mit einem kurzen Hinblick auf das, was ich, um andere Wörter, die ſchon feſten Sinn haben, nicht zu verwenden, das Gebiet der „Unthaten" nennen will. Das römiſche Recht bezeichnet die denkbaren Folgen derſelben mit drei Ausdrücken[1]: a) Animadversio. Dieſe geht von dem Inhaber einer potestas aus. Wenn auch dieſe potestas ſelbſt (§. 7 Nr. 1) in ihrem Urſprunge entſchieden altindogermaniſchen Beſtandes iſt, ſo erſcheint doch Alles, was in dieſer Hinſicht das

1) Vgl. Danz R. G. 2. Aufl. II. §. 187.

römiſche Recht enthält, als ſpecifiſch italiſch und römiſch, worauf 13
ich, nach den Zwecken die ich hier verfolge, nicht eingehe (ſ. Danz Nr. III). Nur das möge erlaubt ſein zu bemerken, daß das deutſche alte Recht einen parallelen Begriff hatte[2]). b) Poena [Sühne]. (Danz Nr. II.) Hiebei „wird das genus peccati unterſucht (causa dicitur), das Urtheil lautet auf ſchuldig oder nicht ſchuldig. Bei ſchuldig folgt Art und Höhe der Strafe aus dem genus peccati, auf dieſes Verbrechen lautet das Urtheil" z. B. tibi perduellionem iudico (Liv. I. 26). Das Wort poena (ποινή = Buße) ſtammt nicht aus dem indogermaniſchen Urvolke, und es iſt gewiß richtig, danach mit Mommſen und Curtius (373) den Ausbau des Pönalſyſtems für eine „gräcoitaliſche" Leiſtung zu erklären. Dabei iſt aber doch die Einſchränkung zu machen, daß im Germaniſchen auch ſchon ein gleichartiger Kern beſteht[3]), nur daß dort „im Alterthum die Anwendung der Strafe auf den freien Mann Ausnahme war" (Grimm S. 759). Eine beim Hängen vorkommende äußere Sitte, die der Verhüllung des Hauptes, findet ſich im römiſchen Recht[4]) wie im deutſchen (Grimm S. 684), und führt uns auch hier auf einen uralten Zuſammenhang. c) Vindicta (Danz Nr. I). Für dieſe beſteht entſchiedener Zuſammenhang aus dem Urvolk her[5]), aber die Wege in Betreff derſelben ſind

2) Tacit. Germ. 7 (von den reges und duces ſprechend, fährt fort); ceterum neque animadvertere neque vincire nec verberare quidem nisi sacerdotibus permissum: non quasi in poenam, nec ducis iussu, sed velut Deo imperante quem adesse bellantibus credunt.

3) Tacit. Germ. 12: Licet apud concilium accusare et discrimen capitis intendere. Distinctio poenarum ex delicto: proditores et transfugas arboribus suspendunt cet.; — ſ. unten §. 14 A. 1.

4) Liv. I. 26: Bei der Perduellion die „lex horrendi carminis": caput obnubito: infelici arbori reste suspendito.

5) Sie reicht überhaupt ganz über das Indogermaniſche hinaus, worauf ich aber nicht eingehe. P. 247—249.

Digitized by Google

II.

13 weit auseinander gegangen. Im erſtabgezweigten Völkercomplex, bei den Germanen, hat die Vindicta (das „Anſagen der Gewalt" oder des Kampfes an den Thäter) noch am offenſten den alten Boden wenigſtens theilweiſe behauptet[6]). Bei den Italikern ſind nur noch ſpärliche Ueberreſte erkennbar. Bei den Griechen tritt die Vindicta etwas ſchärfer in dem Ueberbleibſel hervor, daß „im Fall einer Verwundung oder eines Todtſchlages die προσήκοντες oder οἰκεῖοι das vorzügliche Anrecht hatten den Thäter vor Gericht zu ziehen" (Klenze S. 152). Bei den Indern hat der Staat die Familie allmälig ſo herabgedrückt, daß „von der Blutrache oder Mordſühne das indiſche Recht, ſoweit es uns zugänglich iſt, eine bedeutende Anwendung nicht kennt" (Klenze S. 136).

Verweilen wir noch bei den germaniſch-römiſchen Zuſtänden. Bei den Germanen tritt es ganz deutlich hervor, daß die Art, wie das Gemeinweſen die Blutrache mildernd und allmälig bei Seite ſchiebend[7]) auftritt, das der Zeit nach Spätere iſt. Wir haben uns alſo eine Vorzeit zu denken, in der für Alles, was man damals als perſönliche Kränkung anſah [was alſo außerhalb des engen Gebietes fällt, in dem das Gemeinweſen ſchon in der älteſten Zeit (ſ. Nr. b) ſich zum Nehmen directer Strafe aufrafft], der Gekränkte mit dem Verletzer kämpft, um im Siege das richtende Gottesurtheil zu finden. Das Gemeinweſen führt dann mildernd das Compoſitionenſyſtem ein, worin ein doppeltes ſelbſtändiges Moment liegt: einestheils wird die Unthat für eine gleichzeitig auch das Gemeinweſen ſchädigende erklärt, und anderntheils wird es zur Wahl für den Gekränkten geſtellt, ob er ſeine Rache oder ob er die Compoſition nehmen

6) Auch die Kelten kennen den Zweikampf; Mommſen R. G. S. 325.

7) In manchen Volkskreiſen hat ſich ja die „Vendetta" trotz alles Gegenringen des Staats und des Chriſtenthums noch bis in die neueren Zeiten fortgezogen.

Digitized by Google

wolle. Gerade in diesem zur Wahl Stellen erkennt man, daß 13
das Gemeinwesen noch nicht die Kraft hat, die in allen Gemüthern eingewurzelte Vindicta aufzuheben; daß es sie fortbestehen läßt, aber ein milderes, humaneres System daneben stellt, das man allerdings, gegenüber der früheren Alleinherrschaft der Vindicta, für „heilsam und unentbehrlich" (Grimm S. 647) erklären muß [8]). — Der Gedanke der Talion, der noch in den späteren Zeiten seine Nachwirkungen gehabt hat, ist als erwachsen gar nicht denkbar auf dem Gebiete der Animadversio oder der Pöna; er kann lediglich dem Urgebiete der Vindicta angehören. Die Vindicta ist nicht Sühnung sondern gleiche That wegen gleicher That: Seele um Seele, Auge um Auge, Zahn um Zahn, Wunde um Wunde. Sie findet ihren Boden in dem oben erörterten Kriegsstandpunkt und der strengen mit gleichem Maaß messenden aequitas (§. 9). Hast du mir diese Kränkung zugefügt, so füge ich dir die gleiche zu [9]).

8) Grimm S. 622: „Gezügelt wurde die Ausübung des Fehderechts durch das Volksgesetz, welches für jede Verletzung bestimmte Bußen ordnend in des Verletzten Wahl stellte, ob er sich auf Selbstgewalt einlassen, oder die angewiesene Vergeltung fordern wollte. Forderte und erhielt er sie, so war alle Feindschaft niedergelegt .... Die Kraft roher Freiheit sittigte es und wollte nichts Anderes als Aussöhnung der geschehenen That. Weil aber die verletzende Handlung zugleich den gemeinen Frieden brach, eignete das Volk sich einen Theil der Buße zu." — Am Prägnantesten tritt der ursprüngliche Standpunkt der Vindicta und die nur mildernd vorgeschobene Compositionsmöglichkeit (die „Beilegung" der Vindicta) im Hauptfall, bei der Mordklage, hervor. Grimm S. 874: „Der dem Blutrecht oblag erschien bewaffnet mit bloßem Schwerdt vor dem Richter und den erschlagenen Leichnam mit sich führend. Die Klage war auf Entrichtung der Mordbuße oder wenn sich der Thäter weigerte, auf Kampf und Fehde gegen ihn gestellt. Die Verwandten des Getödteten" [sie nehmen Theil an der Vindicta wie auch im griechischen Recht, s. ob.] ... traten streitgerüstet auf.

9) Sehr richtig sagt Grimm S. 647 A. *: „Bei den Deutschen war

Digitized by Google

II.
13 Bei den Römern besteht durch den italischen Völkerstrang hindurch bis in den Fehdezustand des Urvolks hinein nur noch dunkle Kunde. Zunächst das Wort vindicta: „Gewaltansagung"; dann aber die bekannte Stelle der 12 Tafeln: si membrum rupsit, ni cum eo pacit, talio esto [Bruns font. p. 25 n. 2], weisen darauf hin. In der vom Gemeinwesen festgestellten Strafe hat an sich der Gesichtspunkt der Talion gar keinen Sinn; das Gemeinwesen fordert Sühnung, zum Zweck der Wiederherstellung des gemeinsamen Friedens (d. h. des Zustandes der absoluten Kriegsnegation)[10] (§. 8 A. 7); dazu kommt man nicht dadurch, daß man dem Thäter Gleiches thut, als er that. Der Standpunkt der Vindicta ist dagegen der Kriegszustand; also gleiches Uebel mit Gleichem vergelten[11], wofern nicht ein pactum zur pax (§. 8 A. 6) geführt hat (vgl. auch Danz S. 182). Es sind hier von Urzeiten her zwei ganz verschiedene Grundbegriffe vorhanden, die wir freilich jetzt anders bezeichnen. Friede im Sinn von „Sippe" würden wir heutzutage nur bezeichnen können mit: „verfassungsmäßige" Kriegsnegation, mag diese Verfassung in der natürlichen Gliederung der Familie; der Verwandtschaft; in der auf geschichtlicher Entwicklung ruhenden Constitution eines Staats; oder in einer auf

---

dies (die strenge Talion) nur im Fehdezustand möglich, d. h. wenn der Beleidigte keine Buße forderte, oder der Beleidiger die geforderte nicht zahlte".

10) Auch von diesem Gesichtspunkte aus kann man zu dem Resultate kommen, daß der Mörder hinzurichten sei, aber auf Grund der ganz anderen Argumentation, daß ohne Vernichtung des Uebelthäters eine Versöhnung des gebrochenen Friedens nicht herstellbar ist.

11) Festus v. Talionis: permittit lex parem vindictam. Isidor. Or. V. 27, 24: Talio est similitudo vindictae, ut taliter quis patiatur ut fecit. Hoc enim et natura [d. h. die ursprüngliche natura rerum, wonach es nur Selbstschutz gab] et lege institutum est, ut laedentem similis vindicta sequatur.

Digitized by Google

nationaler Basis ruhenden Bundesstaats- oder Staatenbunds- 13
verfassung bestehen [12]); dagegen Friede im Sinn von „pax“ dürften wir eigentlich nur als „Kampfesabschluß“ bezeichnen; es ist der Zustand souverain einander gegenüber stehender Gewalten. So stehen noch heute im Völkerrecht die souverainen Mächte, so standen aber in den Urzuständen der Völker rücksichtlich der Frage von der Privatkränkung die „freien Männer“ einander gegenüber [13]). Unter souverain neben einander stehenden Kräften, die keine Verfassung zur „Sippe“ vereinigt, kann Krieg erlaubt ja geboten sein, aber sie können den Krieg durch pactum schließen, bis neuer Anlaß neuen Krieg hervorruft.

§. 14. — 2) Wenn wir finden, daß in der indogermani- 14
schen Urzeit sogar die „Unthaten“ als ein Gebiet dastehen, um das sich das Gemeinwesen nicht kümmert, sondern das es der Vindicta des Einzelnen überläßt, so ist damit erwiesen, daß man damals sich zu dem Begriff, den wir jetzt haben, noch nicht emporgearbeitet hatte, solche Unthaten seien Störungen des Gemeinwesens. Zur Erringung dieses Begriffs war eben der erste Schritt, daß man diese Unthaten unter das Compositionensystem stellte. Damit begann der große Entwicklungsgang, daß die Vindicta immer mehr vom Gemeinwesen zurückgeschoben wurde, und daß allmälig in dem zum wirklichen Staat erstarkten Gemeinwesen auch wieder das Compositionensystem durch den, allerdings schon aus sehr alten Zeiten herstammenden aber anfangs sehr eingeschränkten Strafbegriff (= Sühnung, Herstellung des gemeinen Friedens) absorbirt worden ist.

---

12) Die hiergegen von den der Verfassung Unterstehenden gebrauchte Gewalt fällt nicht unter den Begriff des Krieges („purum piumque duellum“, vgl. §. 14 A. 5), sondern unter den dogmatisch ganz anders zu formulirenden der „Revolution“.

13) Dies „pacere“ der 12 Tafeln ist also begrifflich dasselbe wie die germanische „Beilegung“, Composition (Anm. 8).

Digitized by Google

II.

14 Für die Urzeit können wir jenen Satz der Vindicta auch so ausdrücken: die den freien Mann kränkenden „Unthaten" gelten noch als Privatangelegenheiten. Dabei ist es denn aber schlechterdings undenkbar, daß das, was wir noch jetzt Privatangelegenheiten nennen, in der Urzeit schon unter irgend welchem Rechtsschutze des Gemeinwesens hätte stehen können [1]). Das sind alles Dinge, die die zu höherer Ordnung und Gesittung aufstrebende indogermanische Völkerfamilie erst nach langer schwerer Arbeit erlangt hat. Aber darin liegt, daß, wenn wir überhaupt uralte Zustände verstehen wollen, wir nicht durch eine leicht fertiggemachte allgemeine Theorie unsere jetzigen Begriffe in die alten

1) Die Anschauung des hohen Alterthums ist also diese: So weit sich schon unter gemeinsamen Göttern eine volkliche festgeordnete Symmachie (ein gemeinsames duellum) entwickelt hat, in soweit besteht eine [„verfassungsmäßige"] Sippe (im alten Sinn = Frieden), ein „Innen" (§. 8 A. 7). Was als Verletzung dieses Gemeinwesens erscheint, das straft auch schon das Gemeinwesen, freilich aber sind das anfangs nur wenige Punkte. So namentlich: bei den Germanen, Tac. Germ. 12: proditores et transfugas arboribus suspendunt, und: bei den Italikern besteht die alte „lex horrendi carminis" (Liv. I. 26) über perduellio: infelici arbori reste suspendito. Hier handelt es sich nicht um Vindicta, sondern um Sühnung des gebrochenen Friedens. — Alles Uebrige dagegen liegt noch im Machtkreise des freien Mannes [der „Privatsouverainetät"]. Fühlt hier Einer eine „iniuria", einen „Hohn", so schützt er mit seiner Familie sich selbst gegen den Kränkenden, und indem er ihm Fehde (vindicta) ansagt, bricht er keine Sippe, keinen „Frieden"; hier wird also ein ganz gerechtfertigter Kampf ausgefochten. Frieden (= Sippe) ist erst wieder im Kreise der unter eigenen Göttern stehenden Familie (= Sippe); die Heiligkeit des „Hauses" (§. 7) duldet in dessen Bereich keine Vindicta. Und gerade von diesem Frieden der Familie her, hat sich überhaupt erst der Friedensbegriff des volklichen Gemeinen Wesens entwickelt. — Der große Gang der Ausbildung der indogermanischen Gesellschaftsorganisation ist der, daß der Friede des Gemeinen Wesens die durch den Umkreis der Vindicta bezeichnete Privatsouverainetät des „freien Mannes" allmälig verdrängt, und Alles unter den Frieden des Staats gestellt hat.

Digitized by Google

Zeiten hineintragen dürfen, die von denselben noch gar keine 14
Ahnung hatten.

Hiermit sind wir zu folgendem Resultat gelangt: das, was wir jetzt Privatangelegenheiten nennen, war anfangs, wie die Vindicta der „Unthaten", lediglich unter den Selbstschutz des Kampfes gestellt. Also es gab noch nicht die Scheidung von dinglichem und persönlichem Recht, dinglichen und persönlichen Klagen, es gab den einen einzigen Begriff der persönlichen Kränkung. Fühlt man sich gekränkt, so ist die Folge der Kampf gegen den Verletzer [2]). Aber es erscheint schon als ein gewaltiger Fortschritt in der Gesittung, daß das indogermanische Urvolk nicht mehr den ungeregelten Kampf, sondern die ordnungsmäßige Klage (actio), und damit den Wettkampf kennt. Und wir bemerken bereits eine gewisse Gliederung der Klagen: wenigstens zwei Klaganwendungen. Die eine habe ich schon als dem Urvolk angehörig nachgewiesen, die actio: aio rem meam esse mit vor den Richter gebrachter beweglicher Sache. Jene andere: die Mordklage mit vor den Richter gebrachtem Leichnam (§. 13 A. 8) ist offenbar so gleichartig construirt und betrifft einen so nothwendig der Urzeit angehörigen Fall, daß wir beiden wohl ungefähr gleiches Alter werden zuschreiben müssen.

Bleiben wir aber fortan bei der Privatklage: aio rem meam esse [3]) und dem dadurch veranlaßten Proceß.

2) Ist der Angegriffene des Kampfes nicht selbst fähig, so kann ein Anderer für ihn den „Kampf aufnehmen" (vindex); vgl. auch Grimm S. 929.

3) Das uralte Herkommen dieser Formel beweist namentlich das alterthümliche Wort aio. Daß dasselbe aus der indogermanischen Ursprache stammt, ist sicher. Curtius 611: Skt. Perf. 3 S. âha er sprach, spricht; Gr. ἦμι sage (3. S. dor. ἦτί, aeol. ἦσί, Impf. 1. S. ἦν, 3. S. ἦ; Lat. aio, adagium, adagio(n); Umbr. aitu (dicito). — Von dieser uralten Formel stammt der allgemeine Gebrauch des Ausdrucks „meum est" = es steht in meinem Eigenthum. Vgl. das germanische: svés, suâs; Grimm S. 491.

Digitized by Google

II.
14 a) Man darf in dieſe alten Zeiten noch nicht den Gedanken einer dinglichen Klage hineintragen. Die Klage iſt nach dem Hauptfall, der weggekommenen (insbeſondere geſtohlenen) beweglichen Sache (insbeſondere Hausthier) conſtruirt, aber daß es die Klage zum Schutz eines dinglichen Rechts ſei, würde einem Mann der damaligen Zeit etwas vollſtändig Unverſtändliches geweſen ſein. Der Urbegriff iſt: der Mann fühlt ſich gekränkt; er nimmt den Gegner, führt ihn mit dem körperlichen Object, worauf die kränkende Handlung gerichtet war, vor den Richter; beſchwört, wenn der Gegner leugnet, ſein Recht zu den Göttern, daß ſie ihm in dem nachfolgenden Kampfe beiſtehen mögen. Eine weitere Specialiſirung der verſchiedenen Rechte gehört erſt viel ſpäteren Zeiten an. — Die Momente, die uns im römiſchen und deutſchen Recht auf dieſe alte Auffaſſung hinweiſen, ſind folgende: als erſten Begriff der Injurie führen die Römer an (fr. 1 pr. de iniur. 47. 10): Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. hoc generaliter. Aus der Injurie geht eine vindictam spirans actio hervor. Man iſt jetzt gewohnt, das lediglich in dem ſpäteren verengten Sinn zu verſtehen. Aber wörtlich überſetzt heißt es nichts als: Klage wodurch die Gewalt, der Kampf angeſagt wird, d. h. alſo ganz daſſelbe, was wegen „Unthaten", wie Mord, angeſagt wurde und dort ebenfalls vindicta hieß. Aber weiter: bei der actio: aio rem meam esse wird wiederum daſſelbe Wort (und zwar in der uralten Formel ſelbſt) gebraucht; Gai. IV. 16: „ecce tibi, vindictam imposui". Dieſes Zuſammentreffen des Worts in dieſer älteſten Zeit, wo das geſprochene Wort [das fari; §. 16 A. 3] eine Bedeutung hat, von der wir uns in unſeren ſchreibſeligen Zeiten kaum noch eine Vorſtellung machen können, — kann nichts Zufälliges, Un-

[„Eigen" = proprium tritt erſt ſpäter und in beſchränktem Sinn hervor; Grimm S. 492.]

Digitized by Google

bedeutendes sein [4]). Es zeigt, daß die Mordklage, die Injurien- 14
klage und die Klage aio rem meam esse nur verschiedene An-
wendungen einer einzigen Urform sind: der actio, in der man
vor dem Richter sein behauptetes Recht dem Gegner gegenüber
constatirt („Gewalt ansagt"), sich und ihm durch Schwur das
Gottesurtheil auf's Haupt zieht, und somit den „Wettkampf",
d. h. den unter den Augen der Götter vollzogenen Kampf zur
Constatirung des Götterwillens, einleitet [5]). Die beiden Sätze:
des Ulpian über Injurie: „hoc generaliter", und des Gaius
IV. 13: „sacramenti actio generalis erat", sind danach
für die Urzeit völlig zusammentreffend. Ihr Umfang ergiebt sich
aus dem der vindicta, und diese ist: Kampfansage unter Schwur
zur Ermittelung des Götterurtheils durch den Kampf. Die actio
sacramenti war von jeher generalis; sie war nach dem Haupt-

4) Es kann also nicht vindicta: dort Rache, hier Klage wegen „Ver-
gewaltigung" (Mommsen R. G. S. 152) bedeuten, sondern beide Punkte
müssen in gemeinsamem Sinn (Kampfansage) ursprünglich zusammentreffen
und erst später auseinander gegangen sein.

5) Ganz gleichartig construirt ist die staatliche Kriegseinleitung durch
den Fetialen Liv. I. 32; a) Constatirung der Rechtsbehauptung (hier fehlt
nur der leitende Obere) gegenüber dem Gegner, und Ansage des Kampfes
„vim dicere", hier „condicere" genannt; „puro pioque duello
quaerendas"); b) Anrufung der Götter, daß die eigene Behauptung rich-
tig, die des Gegners unrichtig sei, also damit Stellung der Sache unter
das fas „audiat fas", d. h. Provocation auf das Götterurtheil; c) Be-
ginn der factischen Durchführung des eigenen Rechts durch den „Waffen-
wurf" §. 12 a. E. — Vgl. diese Studien III. S. 257 ff. — Dieses Fetial-
recht der Kriegseinleitung giebt Livius als: ius ab antiqua gente
Aequicolis (vgl. Mommsen R. G. S. 37), quod nunc fetiales habent,
descriptum, quo res repeterentur. Wir werden, da der „Waffenwurf"
dabei vorkommt (der auch im Germanenthum dem „Urältesten" zugehört),
diese Formeln, lange vor aller „Niederschreibung" durch „Auswendiglernen"
der Priester, als schon aus dem indogermanischen Urvolke hergetragen an-
zunehmen haben.

Digitized by Google

II.
14 fall, dem der Eigenthumsbehauptung an beweglichen Sachen, ursprünglich construirt, aber sie umfaßte auch alle anderen Fälle der „Injurie" im alten Sinn. Man darf dies nicht so fassen, daß sie eine persönliche Delictsklage (im Gegensatz der dinglichen Klage) gewesen wäre; weder der Begriff von crimen noch von delictum noch von Privatverletzung war schon specialisirt. Es geht alles Dreies auf in dem unarticulirten Begriff der „Kränkung".

Dieser Satz: „Die actio auf Wettkampf zum Götterurtheil fällt zusammen mit dem Umfang der vindicta oder iniuria im alten Sinn," — trifft genau überein mit dem was Grimm S. 622 aus der Sprache über die älteste germanische Anschauung ermittelt hat: „Wer sich vergreift an Leib, Gut und Ehre des Anderen „höhnt", schmälert, schädigt ihn und die Seinigen. [Will man absehen von der jetzt sehr eingeschränkten Bedeutung des Worts: Hohn (Spott, Ironie), und erwägen, daß das Ahd. gihonan Agf. gehynan viel allgemeiner heißt: kränken, schädigen, erniedrigen, unterdrücken, so werden die Ausdrücke des frieſ. Rechts hana für den Verletzten hane für den Verletzer, Schuldner, bezeichnend erscheinen.] Hohn und Schmach duldete kein Freier auf sich, ungehindert durfte er mit seiner Freunde Beistand gegen den Beleidiger Fehde erheben, Rache nehmen [oder (nach dem späteren Compositionensystem) Sühne erzwingen"]. S. 646: „Das natürliche Gefühl nach empfangener Beleidigung war Rache, Vergeltung, Sühne; der Flecken sollte getilgt und abgewaschen werden, dem Beleidiger eine wenigstens gleich hohe oder höhere Schmach widerfahren, es entsprang offene Fehde und Feindschaft."

Der römische Injuriant ist der germanische hane, der Injuriirte der hana, die römische „vindicta" die deutsche „Fehde" [6]).

6) Gleichartig auch der ältere griechische Standpunkt. Die „dictio" oder „condictio" (vgl. Anm. 5) des Rache-Kampfes [Curtius 14: Sft.

§. 15. Ich muß hierbei noch auf eine besondere Frage näher eingehen. Können wir in diese generalis sacramenti actio der Vorzeit auch Verträge rangiren? —

Ich berühre damit zugleich die in unserer Wissenschaft vielbesprochene Frage von der „verbindenden Kraft der Verträge". Hat es in dem indogermanischen Urvolk schon bindende Verträge gegeben? Das Wort, aus dem das römische pactum, pacere und pax hervorgewachsen ist, findet sich schon (vgl. §. 8 Anm. 6; Curtius 343: Skt. paçajâmi binde, Zd. paç binden). Aber technische Wörter für Vertragsgestaltungen sind noch nicht da. Man wird indeß nicht zweifeln können, daß schon ein „Sichbinden" beim Friedensschluß nach geführtem Kriege mit einer fremden Völkerschaft, ein pacere zur Beilegung der vindicta (woraus dann allmälig das Compositionensystem erwachsen sein wird); ja daß auch schon sonst unter den „freien Männern" ein vielfaches pacere über Vermögensleistungen vorgekommen sein wird. Die Ursprache kennt ja den Kaufpreis (§. 10; Skt. vasnas); wie nun, wenn unter zwei Volksgenossen nicht ein Realkauf, sondern nur eine Verabredung über Sache und Preis statt gefunden, und der Verkäufer seine Sache geleistet, den Preis aber nicht erhalten hatte? — In der Art, wie die Frage von der bindenden Kraft der Verträge in unserer Wissenschaft behandelt wird, liegt meiner Ansicht nach ein dogmatisch-analytischer Fehler. Zunächst mischt man

---

diçâmi zeigen, diçâ Richtung; Gr. δείκνυμι, δεῖξις, δίκη; Lat. dico] ist die griechische δίκη = Privatklage. Passow Gr. Wörterb. v. δίκη: „δίκην ἔχω, ich habe meine Genugthuung, Sühnung oder Rache empfangen: δίκην διώκω ich verfolge mein Recht, verklage; dagegen δίκην φεύγω, der Klage zu entfliehen suchen, verklagt sein, welcher Sprachgebrauch aus der frühsten Zeit herrührt, wo jeder sich selbst sein Recht nahm, der Beleidigte also den Beleidiger verfolgte, und dieser jenes Rache zu fliehen hatte."

Digitized by Google

II.

ethiſche Elemente ein [1]). Nun iſt freilich die ſittliche Bedeutung der Maxime der Wahrhaftigkeit eine ſehr hohe, und auch der Erfahrungsſatz, daß ſchließlich die Wahrhaften am Beſten fahren, von ſehr Vielen anerkannt. Aber nehmen wir Beiſpiele aus unſerer Gegenwart des Völkerrechts. Hier, wo über den ſouveränen Staaten eine höhere „Hyperpoliteia" mit äußerer Zwangskraft ſich noch nicht organiſirt hat, was bedeuten internationale Verträge? Sie werden gehalten, ſo lange ſie dem Intereſſe des einzelnen Staates gemäß ſind, oder er in Furcht iſt vom anderen Paciscenten für den Vertragsbruch gezüchtigt zu werden; ſie werden zerriſſen, wo ſie dem eigenen Intereſſe zuwiderlaufen, und der einzelne Staat ſie glaubt ungeſtraft zerreißen zu können. — Alſo die bloße Maxime der Wahrhaftigkeit und die tauſendjährige Erfahrung ſeiner Vortrefflichkeit machen es nicht. Aber im Privatrecht haben wir jetzt eine über den Einzelnen ſtehende Macht von poſitivem Herkommen und Geſetz, die nach ebenfalls ſchon tauſendjährigen Erfahrungen den ethiſchen Grundſatz: grave est fidem fallere in gewiſſen Grenzen auch in's poſitive Recht aufgenommen hat; davon werde ich unten bei der Aequität ſprechen (vgl. Beil. Nr. A II). Ich behandle hier Zeiten, wo dieſe Aufnahme noch gar nicht ſtattgefunden hatte, alſo (unſeren heutigen gegenſeitigen Staatenbeziehungen parallel) unter den freien Männern für ihre Privatangelegenheiten noch kein Zwang ſeitens des Gemeinweſens organiſirt war, wo Alles ſich durch die Vindicta regulirte. Hier wird rückſichtlich der bindenden Kraft der Ver-

1) So noch neuerdings Schloßmann Vertrag (1876) S. 308: „Treu und Glauben ſind ein durch die ſocialen Verhältniſſe einer gewiſſen Culturſtufe gerechtfertigtes vernünftiges Fundament menſchlichen Handels und Wandels. — Die Beſorgniß, durch eigene Unzuverläſſigkeit ſich auch die Hülfe Anderer zu verſcherzen, hat die Menſchen dazu geführt, die Wahrhaftigkeit ſich zur Maxime zu machen." — Das iſt doch nur der Spruch „ehrlich währt am Längſten".

Digitized by Google

träge die Frage von vorn herein falſch geſtellt, wenn man in den Verträgen ſelbſt irgend ein myſtiſches Etwas ſucht, aus dem ihre verbindende Kraft zu deduciren wäre. Es iſt das nur ein Ueberbleibſel des früher herrſchenden Naturrechts. In Wirklichkeit aber liegt die Sache ſo, daß der Vertrag dem Zuſageerhaltenden nur einen „wohlerworbenen Anſpruch“ gewährt, ſo wie Occupation und Kauf eine wohlerworbene Eigenthumsbefugniß erzeugen; d. h. der Vertrag enthält nur die „Phyſis“ des Verhältniſſes. Zwangskraft aber geht nicht aus dem Inhalte des Vertrages hervor, ſondern muß als etwas Aeußeres zum Vertrage herzutreten. Zwang iſt eine reale Macht, Zwangskraft hat nur das was reale Macht hat. Nun giebt es nach der „natura rerum“ drei zwingende Kräfte. α) Alles was in einem realfactiſchen Zuſtand ſeine Vollziehung findet (die Ehe im factiſchen Zuſammenleben — occupirtes, ſpecificirtes, im Realkauf erworbenes Eigenthum im Beſitz, — der Staat im factiſchen Innehaben des Territoriums), hat im factiſchen Beſtande die reale Macht der vollendeten Thatſache. Es iſt leichter das Beſtehende ſich zu bewahren, als das Nichtbeſtehende einem Anderen abzuringen. Das iſt ebenſo naturalis ratio, wie es auf realer Naturordnung beruht: ut alius possideat alius a possidente petat (§. 2 Nr. 3. a). Alſo: ebenſo wie unter den Staaten ſchon bloß der Beſitzſtand ein gewiſſes ſ. g. „Europäiſches Gleichgewicht“ erzeugt, das ſich durch ſeine eigene Schwere erhält, ſo tragen vollzogene Ehe, im Beſitz vollzogenes Eigenthum ſchon durch den factiſchen Beſtand des Realiſirtſeins einen gewiſſen Schutz in ſich, der Alle, die nicht die Schwierigkeit des Umſtoßens unternehmen wollen, dahin führt, das Beſtehende neben ſich gelten zu laſſen. β) Zwangskraft dagegen, welche die Erfüllung einer gegebenen Zuſage auf etwas zu Leiſtendes effectuiren ſoll, muß gerade auf Aenderung des bisherigen factiſchen Zuſtandes gerichtet ſein; ſie iſt nur denkbar als Zwang von Seiten des Gemeinweſens oder

Digitized by Google

II.

von Seiten des Zusageerhaltenden. Nehmen wir jenen als noch nicht vorhanden an, so bleibt nur dieser übrig.

Diese Selbsterzwingung der eigenen wohlerworbenen Ansprüche ist das in unserem heutigen Völkerrecht unter den souverainen Staaten Bestehende. Sie war auch das im indogermanischen Urvolk für die Privatpersonen Geltende. War damals die actio sacramenti der generelle Weg, um statt des ungeregelten Kampfes auf geordnete Weise den Gegner zum Sichfügen zu bringen, so muß das auch bei einem stattgehabten pacere über eine vorzunehmende Leistung zur Anwendung gekommen sein [2]).

b) Da die actio sacramenti die Provocation zu wirklichem Kampf ist, so erscheint das Bewaffnetsein nicht als Formalität, sondern es bezeichnet ursprünglich die nakte Wirklichkeit, daß es demnächst zum Kampf kommen wird. Derartiges entsteht in der Rechtsbildung überhaupt nie als Form, sondern, wo es uns als Form entgegentritt, beweist es uns, daß, nach langem Bestande in der Wirklichkeit, es unter veränderten Verhältnissen zur Form veraltet ist.

Dies Bewaffnetsein tritt hervor: im Germanischen bei der Mordklage (§. 13 A. 8), bei der Anefangsklage [Grimm S. 589: cum dextra armata, et cum sinistra ipsam rem tenere] und bei der Ausdehnung, welche die Klagform auf Grundstücke erfahren hat [3]); im Römischen: bei der ursprünglich auf bewegliche

2) Die actio sacramenti als die von jeher generalis, wodurch man seine Privatansprüche vor dem Richter zum Gottesurtheil des Kampfes einleitete, wird auch, neben Klagen auf res wie auf Schuld, immer auf die in der potestas stehenden Familienglieder (die nie als res betrachtet worden sind §. 11 A. 2), Kinder und uxor in manu, gerichtet gewesen sein. Durch die „adiecta causa": filium suum vel in potestate ex iure Romano (fr. 1 §. 2 de R. V. 6. 1) wird hier angezeigt, daß es sich nicht um die rei vindicatio, sondern direct um die alte generalis actio der vindicta handle, von der die rei vind. nur eine Unterart ist.

3) Grimm S. 115: „von einem Grenzstreit: aus dem streitigen

in's Gericht transportabele Sachen ſich beziehenden actio sacra- 15
menti [Gai IV. 16: qui vindicabat festucam tenebat (gewiß ebenſo wie bei den Deutſchen: mit der Rechten) deinde ipsam rem adprehendebat (gewiß ebenſo wie bei den Deutſchen: mit der Linken) . . et . . homini festucam imponebat . . . festuca autem utebantur quasi hastae loco [alſo die hasta, die auch bei dem Waffenwurf der fetialiſchen Kriegseinleitung das Zeichen der Rechtsbethätigung durch eigene Waffenkraft war, §. 14 A. 5], signo quodam iusti dominii, quod maxime sua esse credebant, quae ex hostibus cepissent: unde in centumviralibus iudiciis hasta praeponitur]; ſodann ebenſo bei der Ausdehnung der „vindicatio" auf die nicht in's Gericht transportabelen Sachen (Gai. IV. 17) und bei der Ausdehnung der Klagform auf Rechtsübertragungen (in iure cessio) Gai. II. 24: „hic vindicaverit"[4]).

§. 16. — 3) Es bleibt mir, nachdem gezeigt worden, daß 16
actio = vindicta urſprünglich die Einleitung zum Wettkampf war, noch übrig zuſammenzuſtellen, was in dem Bau des germaniſchen und italiſchen Proceſſes [nicht: Folge des ſchon aus der naturalis ratio eines Rechtsſtreites ſich Ergebenden, §. 2 A. 5; ſondern] Product der, ſpecifiſch indogermaniſchen, uralten Auffaſſung des Proceſſes als eines Kampfes iſt[1]). Ich thue dies, nach dem Zwecke dieſer Schrift, nur in ganz kurzen Zügen. Da

Grund wird eine Scholle gegraben, vor den comes gebracht und in ein Tuch geſchlagen, ein Kampfgericht ſoll entſcheiden, und beide Kämpfer berühren dieſe Erde mit ihren Schwerdtern."

4) Vgl. meine Mancipation u. Tradition S. 38 f. S. 188 A. 1. — Wir haben auch die, wirklich urſprünglich unter Bewaffnung vor ſich gehende, in iure cessio für uralt zu halten. Bei Anderen herrſchen in dieſer Hinſicht heutzutage freilich ganz andere Anſchauungen; vgl. z. B. Bechmann Kauf I. S. 56; — ſ. unten §. 33 A. 5.

1) Grimm S. 854: „die Anſicht, daß der Proceß ein Kampf ſei, läßt ſich leicht durchführen".

Digitized by Google

II.

16 der Fehdezuſtand ſich unter den Germanen gegenüber dem nur loſe zuſammengefügten Gemeinweſen am längſten erhalten hat, ſo iſt erklärlich, daß das meiſte auf dieſe Frage Licht Werfende dem deutſchen Recht zu entnehmen iſt.

a) Daß der Proceß urſprünglich ein Kampf war, hat den Satz zur Folge gehabt, daß alles Gericht am Tage gehalten werden müſſe. Grimm S. 816 „der gerichtliche Zweikampf erforderte Sonne". S. 813 „der römiſche Grundſatz: sol occasus suprema tempestas esto [Bruns font. p. 16] herrſchte auch durch alle deutſchen Gerichte .. Tag und Sonne waren geheiligt". S. 814 „Gegen die Sonne wandte ſich der hegende Richter, gegen die Sonne ſtabte er dem Schwörenden den Eid". S. 895 „die ſpätere Gewohnheit, Eide im Angeſicht der Sonne abzulegen, könnte ſich noch auf göttliche Verehrung der Sonne beziehen[2]), doch war die Sonne für jegliche Gerichtshandlung heilig".

b) Nur an beſtimmten Tagen kann proceſſirt werden. Durch den „Wettkampf" ſtellt man den Streit unter das Gottesurtheil d. h. unter das fas (§. 14 A. 5)[3]). Es muß alſo ein

2) Vgl. Curtius 269: Skt. dîvjâmi glänze, ſpiele, div Leuchten, Helle, Himmel, djâus Himmel, Himmelsgott, Tag, adja heute, devas Gott; Zd. dîv leuchten, daêva Dämon; Gr. δέατο, δοάσσατο ſchien, δίαλος, δέελος, δῆλος hell, Ζεύς, δῖος himmliſch, ἔνδιος mittäglich, εὐδία heiterer Himmel, Διώνη; Lat. Diovis, deus, divus, sub dio, Diana, dies, biduum, nudius, interdiu, nundinae; Altn. tivar Götter, Helden; Ahd. Zio; Agſ. Tivesdäg; Lit. dẽvas Gott, dëna Tag; Kſl. dĭnĭ Tag, dĭnĭsĭ heute; Altir. día (deus), dia (dies) indiu (hodie).

3) Fas heißt: Glanz, Strahl, Licht, Schimmer, alſo: die göttliche Aeußerung, davon dann abgeleitet die menſchliche Aeußerung: das Zeigen, Scheinen, Leuchten, Sprechen. — Es ſind hier mehre Wurzeln vereinigt, die ſich im Griechiſchen in φα, φαν und φαF ſcheiden. Curtius 407: Skt. bhâmi (splendeo), bhâmas, bhânus (lumen), bhâs (splendere) bhâsh (loqui) bhaṇ (loqui) bhan (ved.) ertönen; Zd. bânu Strahl, bâma Glanz; Gr. W. φαF φαε erſchien, φάος, φαῦος, φῶς, φέγγος Licht, ὑπόφαυσις Schimmer, φαέθω leuchte, φαείνω, φαεινός glänzend, φανός hell, licht, Fackel,

dies fastus ſein [damit denn zuſammenhängend, daß man an 16
ſolchen Tagen fari: (do, dico, addico) kann. Festus v. fastis]. Bei den Germanen iſt dieſer Tag insbeſondere der Dienſtag (zistig); Grimm S. 818: „Mars und Ziu [ſ. Anm. 2: Ahd. Zio] ſtanden dem Krieg und Sieg vor: das gerichtliche Verfahren war nach allgemeiner Anſicht ein Streit (dingstrit, lis forensis) und [noch mehr?] nach deutſcher ein Kampf und Gottesurtheil." — Die Hinweiſungen der römiſchen Quellen darauf, daß die vindicta ein Kampf war, ſind bekannt: die Worte der 12 Taf. 'si qui in iure manum conserunt' [Bruns font. p. 22. n. 5]; die ausdrückliche Zuſammenſtellung dieſes manum consere mit dem wirklichen conserere cum hoste [Varro L. L. VI. 64: conserere manum dicimur cum hoste; sic 'ex iure manum consertum' vocare; vgl. auch oben §. 9 A. 6: Altir. bid comsrithi „cum his manus conserenda est"]; die Hinweiſung darauf, daß die Gewalt in der actio sacramenti nicht ſo ſehr eine wirkliche als eine geſprochene ſei [Festus v. Vindiciae: quod potius dicitur (vi)s, qu(am) fit, inter eos qui contendunt — Bruns p. 272], was aber eben beweiſt, daß es ſich hier urſprünglich um eine vis quae fit gehandelt haben muß.

c) Die Hinweiſung auf das Gottesurtheil liegt im urſprünglichen Weſen des Eides, und dieſer iſt in der Geſtalt, wie er den ganzen Proceß durchzieht, eine ſpecifiſch indogermaniſche Inſtitution. Der Proceßeinleitende ſtellt die Sache unter den Strahl der Götter (das fas); er conſtatirt ſeine Rechtsbehauptung im Widerſpruch zum Gegner; er erkämpft ſich unter Zuſchauen und Mithülfe der Götter ſein Recht. „Deum adesse bellantibus credunt" ſagt Tacitus (Germ. 7) von den Kämpfenden, und

πιφαύσκω zeige; W.φαν φαίνω ſcheine, zeige, φανερός hell, φανή Fackel, φάσις, φάσμα Erſcheinung, W.φα φημί, φάσκω ſage, φάτις, φήμη Sage, φωνή Stimme; Lat. favilla; facs, facies, facetus; fas, fatum, fari, fama, fabula, fateor; Kſl. basnĭ (fabula) obavati (incantare).

Digitized by Google

II.

16 noch jetzt führen unsere Völker den erkämpften Sieg auf den besonderen Gotteswillen zurück. Grimm S. 908. 927: „Es blieb der Kampf (iudicium pugnae s. duelli) überall unter Edeln und Freien im Gebrauch;" S. 939 „Gottes Gericht, dei iudicium, wird der Zweikampf ausdrücklich genannt;" S. 928 „dem Krieg der Völker wie dem Kampfe Zweier stand die Gottheit als oberster Richter vor." — Um aber den Strahl der Gottheit zum Beschauen dieses (nur bei Tage denkbaren) Wettkampfes herabzuziehen, dazu ist nach alter Anschauung der geleistete Eid die nothwendige Voraussetzung. Und zwar ein Eid in bestimmter Leistungsform. Auch darin zeigt sich zwischen Germanen und Italikern uralte Gemeinsamkeit der Anschauungen. „Zum Eide gehören zwei Theile, Einer, der ihn abnimmt, der Andere, der ihn schwört" Grimm S. 902. Man schwört bei oder auf einen berührten Gegenstand (Schwerdt, Stein u. s. w.)[4]).

Auch bei den processualischen Eiden [die, zwischengeschoben, sich auf die Wahrheit der Behauptungen, und also möglicherweise auf das Beilegen der Sache ohne den über die bestrittene Sache zu führenden Gottesurtheilskampf beziehen] erkennt man in dem germanischen Völkerstrange noch ganz deutlich, daß der Kampf als letzte Eventualität immer dahinter steht. So namentlich in den deutschen Friedensbruchsachen, wo die Eideshelfer, Consacramentalen [d. h. ursprünglich die bei jeder Vindicta helfende Sippe] auftreten. Grimm S. 859: „Der Beklagte durfte sich von der wider ihn erhobenen Beschuldigung durch Eid oder Gottesurtheil reinigen. Ihm stand vor Gericht der erste Beweis zu, wie noch heute im Duell der erste Hieb oder Schuß dem Geforderten. Diesen Eid leistete er im höheren Alterthum . . wahrscheinlich allein . . zur Zeit der geschriebenen Gesetze aber schon in Begleitung einer bestimmten Anzahl Verwandten

4) Ueber das Römische vgl. die sorgfältigen Untersuchungen von Danz, Sacr. Schutz (1857) S. 19 ff.

Digitized by Google

und Bekannten . . die ihm bei ausgebrochener Fehde zur Seite gestanden hätten" [auch die „Composition" erhält die mit dem Kläger zur Fehde gerüstete „tota domus" Tac. Germ. 21]. Ferner bei dem im Proceß durch Eidbieten verwendeten Eide tritt wiederum der Gedanke hervor, daß dieser Eid nur der Versuch einer „Beilegung" ohne Kampf war. Grimm S. 904: „Mißtraute der Theil, gegen welchen geschworen werden sollte, der Rechtschaffenheit des Eidbietenden, so konnte er . . die Eidesablage hindern und die weitere Entscheidung auf einen Zweikampf kommen lassen."

d) War der Kampf geführt, und hatte der Kläger gesiegt, so war an sich *die Person des Gegners ihm verfallen*; aber doch immer mit dem Hintergedanken der Talion, daß par vindicta (§. 13 A. 11) sein mußte. Also bei der „Unthat" des Mordes: Nehmen von Leben um Leben. Wie aber bei geringeren Kränkungen, wie insbesondere bei den Privatansprüchen wegen einer Eigenthumssache, wegen einer Schuldsache? Gewiß hat hier der Talionsgedanke von jeher *mildernd* gewirkt, und es ist stets gebilligt worden, wenn der Sieger sich mit Wegnahme der vindicirten Sache und Pfändung bis zum Schuldbetrage begnügte. Ja man mag vermuthen, daß gerade hier, zur Begünstigung der Innehaltung dieser Talion, zuerst eine Theilnahme und Hülfe des Richters, vor dem das vim dicere stattgefunden, sich entwickelt habe, indem entweder wie bei den Germanen directes Helfen des Richters eintrat[5]), oder wie bei den Italikern der Richter wieder eine eigene besonders begünstigte actio iudicati zuließ. — Es ist aber der Punkt, wenn es sich um einen *Schuldbetrag* handelte, noch besonders in's Auge zu fassen. Man hat schon seit lange darauf hingewiesen, daß das altrömische Schuld-

5) Grimm S. 866: „Betraf der Streit liegende Habe, so wies das Gericht den Beklagten aus dem Besitz, den Kläger in den Besitz: war in fahrende Habe verurtheilt, so erfolgte gerichtliche Wegnahme, Pfändung."

Digitized by Google

II.

16 recht und das indiſche übereinſtimmen, daß ſogar das ‚partes secanto' der zwölf Tafeln [Bruns font. p. 18 Nr. 6] ſich auch in der Tradition nordiſcher Sagen findet (Grimm S. 616 ff; Klenze S. 118 A. 4; S. 164 A. 3)[5a]. Alſo: daß dieſe Sätze aus dem Schuldrechte des indogermaniſchen Urvolks ſtammen, iſt nicht zu bezweifeln. Es iſt aber meines Erachtens nichts geeigneter, den ganzen inneren dogmatiſchen Zuſammenhang des Gebiets der „vindicta" klarzuſtellen. Vindicta iſt die allgemeine Schwurklage (sacramenti actio) wegen „Unthat", „Schmähung" und „Vermögensſchädigung" (ſei es Sachvorenthaltung, ſei es Nichterfüllung des Zugeſagten), überhaupt alſo wegen Kränkung (hohn, iniuria). Man fordert damit talio; wenn aber der Verletzer dieſe talio verweigert, ſo geht die vindicta auf die im ordnungsmäßigen Wege vorgenommene Stellung des Kampfes unter das fas. Nothwendig verfällt dem ſiegenden Kläger die ganze Perſon des Beſiegten; er kann ſie als Schuldknecht mitnehmen; ſind ihrer mehre Kläger wegen Schuld zuſammen aufgetreten, ſo können ſie ſich den Beſiegten in Stücke hauen. Alle die Entwicklungen, daß ein Zurückgreifen auf den „Anſpruch", ein Abverdienen der Schuld beim Sieger, ein Sichbegnügen mit Wegnahme der in Anſpruch genommenen Sache eintritt, ſind allmälige Milderungen des urſprünglich nothwendigen Grundgedankens, daß wie der Kampf kein Scheinkampf iſt, ſondern die ganze Perſon der Kämpfenden gefährdet, ſo auch der Sieg dem Kläger die ganze Perſon des Beklagten in die Hand giebt. Sie ſind, nach durchgeführtem Kampf, ein milderndes Zurückgreifen auf den Gedanken der Talion. Der Sieger begnügt ſich: Zahn um Zahn, Wunde um Wunde, die beanſpruchte Sache, den Werth des Schuldbetrages zu nehmen.

e) Ich habe ſchon hervorgehoben, daß (neben dieſen Milderungen des Sieges) allmälig die Tendenz in die zu höherer Geſittung aufſtrebende indogermaniſche Welt gekommen iſt,

5a) Vgl. d. Zuſatz a. Schluß d. Heftes.

auch überhaupt den Wettkampf selbst, dies so trügliche Gottes- 16
urtheil, mehr und mehr bei Seite zu schieben. Es ist, wie ich angab, dies in zwei begrifflichen Stufen geschehen. Die nächststehende ist: „Beilegung des Kampfes", zunächst mit dem Willen des Verletzten, dann auch allmälig ohne dessen speciellen Willen, „Composition". Die zweite Stufe ist: directes Eingreifen des Gemeinen Wesens, also Selbstsprechen des Urtheils von Seiten der Organe des Gemeinwesens (Volksgemeinde, Schöffen, Richter). Ich zeigte, daß wegen der „Unthaten" Urtheil und Strafe des Gemeinen Wesens, wenn auch in ganz seltenen Fällen, doch schon bis in die indogermanische Urzeit zurückzuführen ist; daß aber zunächst die Composition ganz überwog. Wie nun ist die Entwicklung in den Privatangelegenheiten im engern Sinn gewesen? Hier hat in der Zurückdrängung des Wettkampfes, und in der Substituirung eines menschlichen Urtheils für das Gottesurtheil, sich eine merkwürdige Scheidung der Entwicklung einerseits im germanischen und andererseits im italischen Völkerstrange vollzogen. Allerdings gemeinsam ist ihnen der die Grundregel bildende Gedanke geblieben, daß der Richter nicht der Urtheilende, sondern nur der Proceßeinleitende ist. Denn die Richterstellung war schon geschaffen, als das Urtheil noch lediglich unter dem fas des Götterspruches stand. Der Gedanke aber, der nun weiter an die Stelle des Götterspruches eine menschliche Entscheidung setzte, hat im italischen Strange [ganz abgetrennt von den Entscheidungen der mit einer potestas Versehenen; die, wie in den animadversiones wegen „Unthaten" §. 13, so auch in den Urtheilsprüchen über die Privatangelegenheiten ihre eigenen Wege fortgegangen sind] als Regel: die Composition, also das „pacere", die „conventio" [6]) über einen zu wählenden iudex geschaffen. Bei den Ger-

6) Cicero pr. Cluent. 43: Neminem voluerunt maiores nostri non modo de existimatione cuiusquam, sed ne pecuniaria quidem de re mi-

II.

16 manen dagegen hat sich an die Stelle des Götterspruches das directe Selbstsprechen des Urtheils seitens der Volksgemeinde (bezw. dann weiter: der Schöffen) gestellt.

In einem gewissen engeren Gebiete aber hat sich der uralte indogermanische Gedanke, daß der „freie Mann" die Ausgleichung der erlittenen „Kränkung" nur in dem durch Kampf zu constatirenden Götterspruch finden könne, in den germanischen Völkern noch bis in unsere Gegenwart erhalten und hat sich von da sogar wieder in andere Völker übertragen: im Duell. Keiner der vom Gemeinen Wesen unternommenen Versuche der Composition oder des Selbsturtheilens durch die Staatsorgane hat diese Uranschauung bis jetzt auszulöschen vermogt. Aber nur das Germanenthum, das zuerst aus dem Urvolk abgeschiedene Volkswesen, hat diese Zähigkeit der Anschauungen gehabt [7]); im italischen und griechischen Völkerstrange [8]) waren sie schon im Alterthum ausgetilgt. —

Im Brautschleier (§. 6 a. E.) und im Duell trägt unsere Gegenwart die ältesten aus dem indogermanischen Urvolk stammenden Sitten mit sich.

17 §. 17. — II. **Die Periode des Rechtsschutzes.** Ich bin zur Ermittelung des Wesens der naturalis ratio darauf eingegangen, zu einem Gesammtbilde zu vereinigen, was sich von sicheren Notizen über das im germanischen und gräcoitalischen Volkskreise Altidentische findet, was also mit Nothwendigkeit

---

nima esse iudicem, nisi qui inter adversarios convenisset. — Bei den Italikern bezeichnet die Aufnahme der Worte des Magistrats (Priesters): „mittite ambo rem" in die Formel der actio sacramenti und das Ablassen der Parteien von der Gewalt (illi mittebant, Gai. IV. 16) den großen Schritt von der „Vindicta" zur „Composition".

7) Grimm S. 927 ff. — Ueber die anderen Formen des Gottesurtheils: Grimm S. 910 ff.

8) Ueber die Kelten vgl. §. 13 A. 6.

Digitized by Google

auf die gemeinsame Quelle des indogermanischen Urvolks zurückgeführt werden muß. Nach dem Zwecke dieser Schrift habe ich demgemäß vorzugsweise bei dem verweilen müssen, was diese drei Volkskreise bindet. Dagegen bei dem was sie scheidet, seitdem jeder seine Specialgeschichte begonnen hat, hört meine mir hier gestellte Aufgabe auf. Nur für den Anfangspunkt der Scheidung, also für ihre Ansiedlung in ihren späteren historischen Wohnsitzen, muß ich noch eingehender das, was sich aus Sprache und anderweiten Daten ermitteln läßt, zusammenstellen. Dem weiteren Verlauf werde ich dann, abgesehen von Einer genauer zu behandelnden Frage, nur noch einige kurze Notizen widmen.

A. Der Völkereinzug. Die ihre Urheimath verlassenden Völker, das germanoslavische einerseits, das italokeltische und griechische andererseits, treten in ihren neuen Sitzen als überwiegend Viehzucht treibende auf. Sie haben auch innerhalb der neuen Sitze noch in mannigfachen Kriegszügen die Plätze gewechselt, aber aus der Art, wie uns die ersten historischen Nachrichten über ihre Art der Landvertheilung entgegentreten, werden wir Rückschlüsse machen dürfen auf die anfänglichen beim Einzuge beobachteten Landvertheilungsgrundsätze. Ich stelle nun zusammen, was wir über diese Landvertheilungsart wissen, um daraus meine Folgerungen über die damals herrschenden juristischen Begriffe zu ziehen. Voraus noch eine allgemeine Bemerkung. Ich hob schon nach Peschel hervor (§. 9 A. 5), daß solche Völkerzüge in dieser Urzeit ohne Begleitung von Heerden gar nicht denkbar sind. Die in das neue Land einziehenden Völker wurden also von vorn herein genöthigt, das Land für ihre Viehweiden zu vertheilen, und danach mußte sich denn auch die Gründung ihrer Einzelwohnsitze richten. Zur Gründung solcher Einzelwohnsitze mußten sie schon vor der Vertheilung des Grund und Bodens irgendwelchen Begriff vom Grundeigenthum (wenn auch nur den des Gesammteigenthums der Einzelgemeinden an

Digitized by Google

II.

17 dem Distrikt der Markgenossenschaft) gehabt haben. Ich habe dies bereits früher gegen Stahl [der das Grundeigenthum wohl fast bei allen Völkern als ursprünglich ausgetheilt[1]) annimmt] polemisirend ausgeführt (diese Studien III. S. 288 ff.). Einführung des Grundeigenthums ist nicht zunächst Product der Gesetzgebung, sondern der veränderten Lebensweise des Volks; es muß durch die Lebensweise erst „erfunden" sein. Indem wir die mit ihren Heerden einziehenden Völker das Land gleich für Viehzucht vertheilen sehen, müssen wir eine dem entsprechende Lebensweise (als eine nicht mehr nomadische) schon bei ihnen als bekannt voraussetzen. Andererseits aber mußten durch die Gewinnung des neuen Landes auch die Grundverhältnisse so absolut neue werden, daß es sich erklärt, daß aus den früheren Zeiten vor dem Völkereinzuge über die Beziehung zum Grund und Boden nur Weniges sich bis zu unserer Wahrnehmung fortgetragen hat. Begnügen wir uns einstweilen mit der Thatsache, daß rücksichtlich der beweglichen Sachen, und offenbar in gewissem Zusammenhang mit der Haussuchung nach beweglichen gestohlenen Sachen (lance et licio — ransak), sich eine gleiche Rechtsconstruction findet. Die auf Vieh gerichtete germanische Anefangsklage, und die auf in's Gericht transportabele Sachen gehende italische sacramenti actio rem meam esse, weisen den Rechtsschutz für Fahrniß in die Zeit zurück, wo Germanen und Italiker noch nicht getrennt waren. In Betreff des Grundeigenthums[2]) wird sich nun weiter fragen, in welchem Zusammen-

1) Aber auch Mommsen R. G. S. 104 (erste Aufl.): „Das Eigenthum ruht überall direct oder indirect auf der Zutheilung einzelner Sachen an einzelne Bürger durch den Staat, am Bestimmtesten bei dem Grundeigenthum." — Etwas geändert: sechste Aufl. S. 150: „Man betrachtet alles Eigenthum als dem einzelnen Bürger von der Gemeinde zu ausschließlichem Haben und Nutzen zugetheilt."

2) Daß übrigens das Urvolk schon Häuser (mit Thüren u. s. w.) gehabt hat, ist zweifellos (über „domus" s. oben §. 11). In Betreff der

hange oder Gegenſatze daſſelbe ſeit dem Völkereinzuge zu der aus 17
der Vorzeit datirenden Rechtsbildung über die fahrende Habe zu denken ſei.

1) Für die Germanen ſei wiederum Grimm mein Gewährsmann. S. 495: „Das Volk lebt von Viehzucht und Ackerbau

Wohnungsweiſe des Urvolks ſtelle ich hier folgende Wörter des Skt., Gr., Lat. u. Germ. nach den Nummern des Curtius'ſchen Werks zuſammen: (319) dvâram, dvâr (Thür) durjas (nom. pl. Wohnung); θύρα, θαιρός; fores, foris, foras; (Goth.) daur, (Ahd.) tor; (329) budhnas; πυθμήν; fundus; (Ahd.) bodam, (Altn.) botn.; (321) gudhjâmi (verhülle), guhâmi (verberge), guhâ (Höhle, Verſteck); κεύθω (verberge), κεῦθος (verborgene Tiefe); custo(d)s; (227) strnâmi (ſtreue), stariman (Lager); στρώννυμι, στρῶμα, στρωμνή, στρατός; sterno, stramen, torus; (Goth.) strauja (ausbreiten), (Ahd.) strao (Stroh), (Lit.) strajè (Streu); (206) vâstu (Haus), vâstavja (οἰκεῖος); ἄστυ, ἀστεῖος, ἀστός; (Ahd.) wist (mansio), (Goth.) visan (manere); (95) vêças (Haus), pl. viças (Menſchen), viçpatis (Hausherr, Gemeindeherr); οἶκος; vicus, vicinus; (Goth.) veihs (Dorf); (119) agras; ἀγρός; ager; (Goth.) akrs; (582) akshas; ἄξων; axis; (Ahd.) ahsa; (169) vahâmi (fahre), vâhas (Zugthier), vâhanam (Wagen), vâhinî (Heer); ὄχος, ὀχέομαι, ὄχημα, ὄχλος, ὀχετός; veho, vehiculum, vectura, via; (Goth.) gavagja (bewege), vêgs (Bewegung), vigs (Weg); (Ahd.) wagan (Wagen), wâga (Wage); (349) panthan (Weg); πάτος; pon(t)s, pontifex; (Kſl.) patĭ; (430) nâus (Schiff), nâukâ (Nachen); ναῦς, ναύτης; navis, nauta; (Ahd.) nacho; (492) aritras (treibend, Ruder), aritram (Steuerruder), aritâ (Ruderer); ἀμφήρης, ἀλιήρης, ὑπερέτης, ἐρεσία, ἐρέσσω, ἐρετμός; ratis, remus, remigium, triremis; (Lit.) irti (rudern), irklas (Ruder); (408b) Zd.: bar (ſchneiden, bohren); φάρος (Pflug), φαρόω (bepflügen); forare, foramen; (Agſ.) borian, (Ahd.) poran; (144) junagmi (verbinde, ſchirre an) juk (coniunctus), jugam (par), jugjam (iumentum); ζεύγνυμι, ζεῦγμα, ζυγόν; iungo, iumentum, iugum, iugerum, coniux; (Goth.) juk, (Ahd.) joh. (155) sthagâmi (decke); στέγω, στεγανός, τέγος; tego, tectum, tegula; (Altn.) thak, (Ahd.) dekju (Decke); (565) vasê (ziehe mir an), vastram (Kleid), vasânas (umhüllend); ἕννυμι, ἱμάτιον, ἕσθος, ἑανός; vestis, vestio; (Goth.) gavasjan (kleiden), vasti (Kleid); (578) sîvjâmi (suo), sjûtas (sutus), sjûtis (sutura); κασσύω, κάσσυμα, καττύς; suo, sutus, sutor, sutura; (Goth.) siuja, (Ahd.) siud (sutura), soum (Saum), suila (subula).

II.

17 .... Beider des Viehzüchters und Pflügers Verhältniß hat dieselbe Naturnothwendigkeit, nur daß geschichtlich jenes vorausging, dieses nachfolgte." [„Die aus vielen Gründen wahrscheinliche Annahme, daß schon zu Tacitus Zeit unter den Deutschen festes und geregeltes Grundeigenthum galt. Die agri ab universis per vices occupati — (vgl. oben §. 9 Anm. 2) —, die arva per annos mutata sind kaum anders zu erklären als durch Gemeindeland."] „Wir treffen also ungetheiltes Eigenthum und getheiltes nebeneinander an, das ungetheilte alterthümlicher und veraltender; im Verlauf der Zeiten weicht der Wald dem Acker, das Vieh dem Getreide." [Das „Reuten" d. h. die Ueberführung der Mark zu urbarem Boden S. 524. 525.] α) Ungetheiltes Land. S. 496: „Das Land zerfällt in Gaue, der Gau in Marken." S. 497: „Natürlich älteste Grenze war der Wald." „Bis auf die letzte Zeit heißen die Ueberbleibsel aller Gemeinschaft an Grund und Boden vorzugsweise Marken." S. 501: „Ohne Zweifel gab es auch in frühster Zeit schon vertheiltes Waldeigenthum, zumal in den Händen der Edlen und vieler Freien." S. 505: „Jeder Theilhaber der Mark, scheint es, mußte zugleich in der Gaumark, worin die Waldung lag, Privateigenthum besitzen d. h. ein gewerter Mann sein. ... Man unterschied den vulwarigen von dem halfwarigen, den vulspännigen von dem halfspännigen." „Diesem Privatvermögen war vermuthlich eine nach Zeit und Ort abweichende Größe vorgezeichnet." S. 521: „Wonne, ahd. wunna ist das gothische vinja, νομή, welcher griechische Ausdruck dem lat. nemus nahverwandt scheint. Nemus, die Weidetrift im Wald, ... führt daher wieder auf den Begriff der deutschen Mark [3])." S. 504: „Die

3) Grimm hebt, in Anknüpfung an diese in der Landbenutzung hervortretende Gleichartigkeit des germanischen, italischen und griechischen Volks, noch weiter S. 530 die Gleichartigkeit der Strafen in der deutschen Markgenossenschaft mit der römischen aquae et ignis interdictio hervor. — Damit

Markeneinrichtung scheint mir uralt, und durchaus nicht der öffentlichen nachgebildet, umgekehrt, was die freien Märker in ihrem engen Befang, das thaten eben darum die freien Männer des Volks im Lande nach. Auch der König in ältester Zeit war nicht Eigner des Landes, bloßer Pfleger, Richter, Anführer. Erst im Verfolg warf er sich, wie der oberste Märker in den Wäldern, zum strengeren Gebieter auf." β) Sondereigen (ager privatus) S. 532 ff. — Im Norden die solskipt: „agri secundum solis et coeli regiones collocati divisio" (S. 539). — S. 540: „Im inneren Deutschland scheinen alle Grundsätze der alten Landtheilung nach Sonne und Himmelsgegend verloren. Erwäge ich aber den Zusammenhang der solskipt mit der altrömischen Limitation, so blicken dennoch einzelne Spuren durch [Festus: decumanus appellatur limes, qui fit ab ortu solis ad occasum, alter ex transverso currens appellatur cardo . . . . Die Limitation und Agrimensur als Gegensatz zur Arcifinalität des Gemeindelandes vergleicht sich überraschend unserer Sonnentheilung im Gegensatz zu dem Hammerwurf der Marken]" (vgl. oben §. 12 a. E. — s. auch noch Grimm S. 541 A. *). —

Diese germanische Niederlassungsart mit Scheidung von Markgenossenschaft und Sondereigen deutet darauf hin, daß (abgesehen von der Jagd) die Lebensweise des Volks überwiegend anfangs eine Viehzucht treibende war. Markgenossenschaften mit ihrem Wald und ihrer „Wonne" gewähren vorzugsweise Nutzung für Rinderweide und Schweinezucht. Je mehr in ältester germanischer Zeit die Mark überwog, je weniger Ackerbau kann getrieben sein; je mehr durch das „Reuten" dem Ackerbau gewonnen und vielleicht dann zunächst als jene „arva per annos mutata"

ist wieder zu verbinden die oben (§. 6) erwähnte, in's indogermanische Urvolk zurückreichende aqua et igni coniunctio der römischen Priesterehe; (vgl. §. 9 A. 2a).

Digitized by Google

II.
17 noch als Gemeindeland längere Zeiten conservirt wurde, um so mehr mußte es doch zur Umgestaltung in Sondereigen drängen. Ackerbau duldet schwer gemeinschaftlichen Besitz, er fordert getrennte Bewirthschaftung.

Jedenfalls mußte mit der Seßhaftmachung der Germanen in dieser ihrer Organisation nach Marken und sondereigenen Wohnsitzen fortan die Basis ihrer ganzen staatlichen und gesellschaftlichen Entwicklung liegen. Diese Vertheilung des Grund und Bodens war für den Lauf der Geschichte im wahren Sinne des Worts ihr „Grundgesetz". Es ist für das Verstehen der Entwicklung der Rechtsbegriffe in der indogermanischen Völkerfamilie ein vorzugsweise zu beachtender Punkt, daß in dem Urvolk man noch nicht zur Gewinnung des Gesetzesbegriffs gelangt war. Hätte es den Begriff schon gehabt, so hätte natürlich die Sprache in einem bestimmten Wort ihn uns auch zugetragen. Aber die Sprache des Urvolks hat nur das Wort: évas, Gewohnheit, Sitte (§. 7 bei A. 3); die germanische, italische, griechische Nation haben sich den Gesetzbegriff erst in ihrer Specialgeschichte formirt und jede dafür ein besonderes Wort geschaffen. Bei den Germanen ist dies folgendermaßen geschehen.

Der wichtige Wortstamm *νεμ* (Curtius 431) zieht sich durch das Griechische, Lateinische, Gothische, Althochdeutsche, Lithauische und Lettische. Er lebt in unserem heutigen „Nehmen". Er mußte auch das Wort zur Bezeichnung der Inbesitznahme des Landes sein: Goth. nima (capio, *λαμβάνω*); Ahd. nâma (rapina, praeda)[4]); Lit. námas Haus (?), nūmas Gewinn, Lett. nomr Zins. Aber die germanische Sprache hat mit diesem Stammwort nicht die Art der Inbesitznahme, der Vertheilung bezeichnet. Dafür hat sie ein anderes hierauf deutendes Wort[5]):

4) Daran schließt sich Altir.: nama = hostis (Curtius S. 315).

5) Grimm's Deutsch. Wörterb. II. S. 26.

Digitized by Google

„Bill (aequitas, ius, lex) ist ein uraltes Wort, das ahd. 17
nicht mehr einfach, nur in den zusammengesetzten Frauennamen Pilidrut, Pilihilt, Piligart, sowie in den männlichen Pilifrid, Pilihelm" [Wilfried, Wilhelm] „erscheint. Erwägt man, daß in der Edda ein weibliches Wesen Bil neben Sol, und in Verbindung mit dem Mond genannt wird, so könnte auch eine ahd. Pil mythisch zu fassen sein. Das altn. bil bedeutet momentum, interstitium, .. Abstand, Zwischenraum. Wie nun der ähnliche Ausdruck altn. skil sowohl discrimen als ius, aequitas bezeichnet, ... ebenso muß pil, bil auf pilan (findere, hauen und spalten) geleitet werden. Recht und Billichkeit ist das Gespaltene, Auseinandergehaune, Entschiedene, discretum." Das weist sehr deutlich auf die Grundtheilung beim Einzug in's Land hin. Jeder hat damit seinen Abstand, seinen Zwischenraum, sein Entschiedenes, discretum, das nunmehr über Allen geltende gleiche Recht.

§. 18. — 2) Rücksichtlich der italischen Grundtheilung 18
ist für uns Alles viel dunkler als bei den Germanen.

Die Römer reduciren ihr Recht an ihrem Lande auf die Gesammtoccupation (maxime sua esse credebant quae ex hostibus cepissent, §. 15 a. E.). Bei diesem occupirten Lande unterscheiden unsere Quellen, gleichartig wie die Germanen, Sondereigenthum, was die Einzelnen zu vollem Privatrecht erhielten, und ungetheiltes Land [1]). Als der ursprüngliche Land-

1) Siculus Flaccus de cond. agr. [Röm. Feldm. (1848) I. p. 136 ss.: Ut vero Romani omnium gentium potiti sunt, agros ex hoste captos in victorem populum partiti sunt, alios vero agros vendiderunt; ut Sabinorum ager qui dicitur quaestorius, eum limitibus actis diviserunt et denis quibusque actibus laterculis quinquagena iugera incluserunt, atque ita per quaestores populi Romani vendiderunt: postquam ergo maiores regiones ex hoste captae vacare coeperunt, alios agros diviserunt adsignaverunt, alii ita re-

Digitized by Google

II.

18 vertheiler an die Einzelnen wird von manchen Quellen der alte mythiſche Geſetzgeber Numa angeführt. Nonius: Viritim dictum est separatim et per singulos viros. M. Tullius de rep. (2. 14): ‚(Numa) primus agros, quos bello Romulus ceperat, divisit viritim civibus'. Varro de v. p. R. lib. I.: et extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis adtribuit [Bruns font. p. 288]. Der ager Romanus wird im großen Ganzen als in die drei Theile der Ramner, Titier und Lucerer geſpalten angegeben; Varro L. L. V. 55. 56. Der Vermeſſungsmodus wird als der numerus duodenarius bezeichnet; Varro 34. 35: Ager dictus in quam terram quid agebant et unde quid agebant fructus causa; alii quod id Graeci dicunt *ἀγρόν*. Ut ager, quo agi poterat, sic qua agi actus. Eius finis minimus constitutus in latitudinem pedes IV — in longitudinem pedes CXX, in quadratum actum et latum et longum esse CXX. Multa antiqui duodenario numero finierunt, ut duodecim curiis actum. Iugerum dictum iunctis duobus actibus quadratis. — Cato R. R. I. 10, 1:

---

manserunt ut tamen populi Romani essent . . . . nam sunt populi Romani quorum vectigal ad aerarium pertinet . . . . singuli deinde terram, nec tantum occupaverunt, quod colere potuissent, sed quantum in spem colendi reservavere. hi ergo agri occupatorii dicuntur . itaque hi agri a quibusdam soluti appellantur: soluti autem non sunt quorum fines deprehendi possunt et finiuntur. hi autem arcifinales dicuntur . . condiciones autem agrorum variae sunt ac diversae, quae aut casibus bellorum aut utilitatibus populi Romani aut ab iniustitia, ut dicunt, inaequales sunt. Occupatorii autem dicuntur agri, quos quidam arcifinales vocant . quibus agris victor populus occupando nomen dedit . bellis enim gestis victores populi terras omnes ex quibus victos eiecerunt publicavere, atque universaliter territorium dixerunt intra quos fines ius dicendi (?) esset . deinde ut quisque virtute colendi quid occupavit, arcendo vicinum arcifinalem dixit.

Digitized by Google

II.

Modos quibus metirentur rura alius alios constituit . . 18
metiuntur . . apud nos in agro Romano ac Latino iugeris. Iugerum vocant quod quadratos duos actus habeat: actus quadratus qui et latus est pedes CXX et longus totidem. 2. Bina iugera, quod a Romulo primum divisa viritim, quae heredem sequerentur, heredium appellarunt.

Diese Mittheilungen der römischen Quellen sind augenscheinlich aus der Tradition der späteren vorhistorischen Zeiten entnommen. Für die früheren, dem Völkereinzug folgenden, Zeiten [2]) beweisen sie direct nichts. Das Wahrscheinlichste über diese früheren Zeiten ist das von Mommsen R. G. S. 183. 184 Aufgestellte. „Die römische Rechtsüberlieferung weiß noch zu berichten, daß das Vermögen anfänglich in Vieh und Bodenbenutzung bestand und erst später das Land unter die Bürger zu Sondereigenthum aufgetheilt ward." „Das älteste Maaß des Eigenlandes (heredium von herus, Herr) von 2 Jugeren oder preußischen Morgen kann nur Gartenland, nicht Hufe, gewesen sein." „Das Ackerland wurde in ältester Zeit gemeinschaftlich, wahrscheinlich nach Geschlechtsgenossenschaften bestellt."

Die Italiker treten von vorn herein viel höher social organisirt auf, als die Germanoslaven bei ihrem Einzuge. Die Ger-

2) Die griechischen Colonien in Unteritalien: Sybaris u. Tarent sind im ersten Jahrh. röm. Stadtr. gegründet; die Gründung von Kyme ist bedeutend älter (Mommsen S. 130. 131). „Das griechische Alphabet ist in zwei Gestalten nach Italien gelangt (nach Etrurien und nach Latium), und hat hier noch wieder einer Reform unterlegen." So muß man „wie für Etrurien so für Latium den Anfang der Schreibkunst in eine Epoche hinaufrücken, die dem ersten Eintritt der ägyptischen Siriusperiode in historischer Zeit, dem Jahre 1321 vor Chr. Geb. näher liegt als dem Jahre 776, mit dem in Griechenland die Olympiadenchronologie beginnt" (Mommsen S. 217). — Den Völkereinzug wird man wieder weit vor das Gelangen der Schreibkunst nach Italien legen müssen.

Digitized by Google

II.

18 manen sind Jagdvölker mit dementsprechend niedrigem Standpunkte der Viehzucht [auch noch zu Cäsars Zeiten ist der Stand ihrer Viehzucht gegen den der Kelten sehr zurücktretend, B. G. IV. 2]. Die Italiker sind schon von vorn herein dem Ackerbau zugewendet; sie sind in Familie und Geschlecht viel gefesteter als die Germanen; sie treten in der Art ihrer Niederlassung wenn auch nicht gleich städtegründend, doch wenigstens, indem sie sich um eine arx ein capitolium anbauen, die Stadtgründung gleichsam vorbereitend auf [3]). In zwei Zügen, dem latinischen und dem umbrisch-samnitischen, haben sie sich allmälig auf der Halbinsel nach Süden ausgebreitet; der latinische die westliche fruchtbare zum Ackerbau einladende Niederung haltend, der umbrisch-samnitische mehr auf dem Apennin und im Osten sich fortbewegend (Momms. S. 13 ff. 112 ff.); als eine Enclave zwischen ihnen die bis jetzt unbestimmbaren Etrusker. Ackerbau werden sie mehr in der Niederung, Viehzucht auf dem Apennin getrieben haben, aber schon eine Viehzucht höherer, mit dem Ackerbau combinirter, Art. Vieh ist „ihr Hauptreichthum" [4]) [Vieh gilt als das ursprünglich currente Vermögen [5])]; in Vieh werden die Multen, in Vieh die Summen der Eidsponsion angesetzt, die bei der actio sacramenti durch Composition des uralten und schon der Tradition entschwundenen wirklichen „Wettkampfs" das Succumbenzgeld geworden waren. Die Neigung zum Ackerbau treibt gleich zur Gründung festerer Wohnsitze; die Neigung zu stadtartigem Zusammenschluß zu strengerer Knechtung der Sklaven (§. 9 A. 5). So kommt es, daß den Italikern die Gründung des häuslichen Heerdes als die Hauptsache der Nieder-

3) Mommsen R. G. S. 36. Marquardt Röm. Staatsverwaltung I. S. 4.

4) Curtius 211: Skt. vatsas (Kalb); Gr. ἰταλός; Lat. vitulus, vitula; Osk. Viteliú (Italia). Kſl. tele, Böhm. tele, Lit. telyczà (Ferse).

5) „Pecunia." Mommsen R. G. S. 194 A. *.

Digitized by Google

laſſung erſcheint. So erklärt ſich, daß der heilige Heerd der 18
Veſta [6]) oder Ἑστία nicht bloß als das Centrum der Hausgründung, ſondern auch, im Veſtaheerde des Königshauſes, als das Centrum der Staatsgründung erſcheint (Mommſen S. 62).

Dieſe Art der Wohnungsgründung, und damit verbunden die Zutheilung des Gartlandes von 2 Jugeren zu jeder Wohnung iſt ſicherlich die ſeit dem Einzuge beſtehende. Vergeſſen wir aber nicht, daß von uns die Sprache fordert, bisher lediglich ein Eigenthum an beweglichen Sachen [7]) anzunehmen: dominus iſt der Zähmende (nach der begründenden causa), herus iſt der Manutenirende (nach der äußeren Erſcheinung des Verhältniſſes) — vgl. §. 11. Alſo bisher iſt, nach der Anſchauung des Urvolks und der Italiker, Grund und Boden und Haus, — da das nur durch die vereinte Volkskraft gewonnen wird [unter Verwendung des ſchon beſtehenden Privateigenthumsbegriffes auf die Geſammtheit: „universaliter territorium dixerunt", A. 1], — lediglich Eigenthum der Geſammtheit, von der es der Einzelne

6) Curtius 610: Skt. W. ush. ôshâmi (ſ. ausâmi) (uro), ushnas (calidus); Zd. ush (brennen, leuchten); Gr. εὔω, αὔω, Εὖρος; Lat. W. us, uro (ussi, ustus) ustor. — „Neben der W. ush finden ſich im Skt. Reſte einer volleren W. vas, aus der ush durch Kürzung hervorgegangen iſt, namentlich vâsaras Tag. Dieſe W. vas = us liegt dem gr. ἑστία, dem lat. Vesta zum Grunde." Vgl. noch die verwandte Wurzel Curtius 206: Skt. vâstu (Stätte, Haus), vâstavja (οἰκεῖος) W. vas, Zd. vanh (weilen, wohnen); Gr. ἄστυ Stadt; vgl. §. 17 A. 2 u. 3; §. 9 A. 2a.

7) Alſo insbeſondere: (neben den ſelbſtfabricirten und damit juriſtiſch zurücktretenden Waffen und Kleidern) bei den Germanen: Hausvieh, bei den Italikern (bei denen ſich die Sklaverei ſtrenger organiſirt hat): Hausvieh und Sklaven („familia pecunia"). — Auch Mommſen R. G. 6. Aufl. S. 150 iſt bereits auf den Gedanken des urſprünglichen Beſchränktſeins des Eigenthums auf bewegliche Sachen gekommen; aber er hält noch an der älteren Auffaſſung von der Zurückführung auf die „Zutheilung" feſt; vgl. §. 17 A. 1.

Digitized by Google

II.

18 durch seine Privatoccupation zum Draufsitzen (possessio) erhält [ut quisque virtute colendi quid occupavit]. Rücksichtlich des Grund„besitzes", Haus und Acker, kann der Einzelne (und sein Erbe) wohl in seiner Privatoccupation durch die „potestas" des rex geschützt werden; aber er kann nicht die actio sacramenti: aio rem meam esse, die nach der „Composition" nie vom rex, sondern nur von Stammgenossen als iudices entscheidbar ist, anstellen. Hiermit aber gewinnt die uralte Nachricht, daß die zwei Jugeren Gartland [mit Haus zu denken][8]) für heredium erklärt seien, eine ganz eigenthümliche juristische Wichtigkeit. Es wird der „vir", dem dies „viritim" vom Gemeinwesen gegeben wird, damit ebenso zum herus über diesen Grund und Boden erklärt, wie er es über Hausvieh und Sklaven (A. 7) ist. Also: das „Zähmungsverhältniß" wird ein auf den Grund und Boden herübergezogener Begriff; dies heredium wird mit unter die actio sacramenti, die vindicta aufgenommen; das herus-sein, das sich beim Tode des Herrn schon vom Urvolke her als sacrale Pflicht und sacrales Recht auf Sohn, Agnaten und Gentilen [Sradd'ha-Erbfolge der Sapindafamilie] fortgezogen hatte, indem der herus bei diesem Neueintritt der heres genannt wird[9]) — dieses herus-sein umfaßt fortan auch das „heredium", und ebendeßhalb ist letzteres mit diesem Namen belegt worden.

In dem Satze, daß viritim an die Einzelnen zwei

8) Plinius h. n. XIX. 19, 1 [Bruns font. p. 23]. In XII tabulis legum nostrarum nusquam nominatur villa, semper in significatione ea hortus: in horti vero, heredium. Curtius 189: „Daß χόρτος in der mit hortus zu vergleichenden Bedeutung Hofplatz desselben Ursprungs (v. W. χερ) ist, ist wahrscheinlich" . . . „aus einer mit dh erweiterten Wurzel: Goth. gards (οἶκος, αὐλή), Lit. gardas (Hürde), zardis (Roßgarten)".

9) Curtius 186: „hêr-ê(d)-s ist aus einem Verbalstamm hêrê hervorgegangen. Ganz in demselben Sinne steht die W. har selbst im Skt. aṣahara-s Erbantheil empfangend" (Goth. arbinumja).

Jugeren Gartland als heredium zugetheilt wurden (was übrigens bei den mehrfachen Völkerzügen auch noch wieder gewechselt sein kann), liegt zugleich der Beweis, daß der übrige Grund und Boden zunächst nicht als heredium vertheilt worden ist. Wir werden also anzunehmen haben, daß dieser als Gemeindeland entweder ganz in gemeinsamer Benutzung blieb, oder den Einzelnen (etwa gegen einen vectigal) lediglich zur Privatoccupation der „possessio" für seine separate Bewirthschaftung eröffnet wurde. So mögen die Italiker, mit Privateigenthum an beweglicher Habe und an den zwei Jugeren heredium, und im Uebrigen auch noch vielfacher Einzel-possessio am Gemeindeland, in Markgenossenschaften Jahrhunderte lang gewohnt haben. Daß aber dann noch eine bedeutende Umgestaltung eingetreten sei, läßt sich nicht bezweifeln. Mommsen hebt hervor (S. 204. 205), daß der „numerus", der Vertheilungsmaaßstab, als das älteste und sämmtlichen Indogermanen ursprüngliche,: das Decimalsystem gewesen ist (vgl. auch Grimm S. 532). Danach werden auch die ursprünglichen zwei Jugeren gemessen worden sein. Später hat sich dann ein wahrscheinlich national-italischer „numerus duodenarius" entwickelt, und es ist sicher, daß die weiteren Landvertheilungen zu Privateigenthum, wie sie dem mythischen Landvertheiler Numa zugeschrieben werden, aber gewiß schon weit in die altlatinische Zeit zurückreichen, nach diesem Duodecimalsystem (das Jugerum zu 120 Fuß in's Quadrat) statt gefunden haben. Man wird also anzunehmen haben, daß mit den Fortschritten der Bodencultur sich das Bedürfniß herausgestellt hat, große Partien Land, die bisher als occupirtes Gemeindeland wohl vielfach nur als Weideland benutzt worden waren, oder, wenn auch schon Ackerland und einzelbewirthschaftet, doch nur in occupirter Privatpossession gestanden hatten, zu Privateigenthum, wie es bestgestaltete Ackerwirthschaft fordert, auszutheilen. Da der italische numerus

Digitized by Google

II.
18 duodenarius sich erst lange Zeiten nach dem Völkereinzuge festgestellt haben kann, so zeigt das, daß diese Privateigenthumsvertheilung nach dem Duodecimalsystem erst als eine spätere, den Beginn der zweiten Hauptperiode der altitalischen oder altlatinischen (vorrömischen) Zeit in sich fassende, zu denken ist. —

Und wie ist es, das fragen wir zuletzt, mit der italischen Entwickelung des Gesetzesbegriffes, den, wie oben angegeben worden, wir dem Urvolke noch nicht zuschreiben können? Jener wichtige schon oben erwähnte Wortstamm: *νεμ* liefert uns (Curtius 431) in der lateinischen Sprache Folgendes: die Namen der zwei mythischen Stammväter und Ackervertheiler Numitor [*νεμέτωρ*] (Großvater des Romulus und Remus nach der Sage) und Numa [*νομεύς*] und: numerus, also das Wort für das Ackervertheilungssystem; und endlich: nemus die Waldweide, jenes Wort, auf das wir oben schon Grimm hinweisen sahen [10]). Aber daß die „Vertheilung" als das „Grundgesetz" angesehen worden wäre, und so überhaupt an die Vertheilung sich der Gesetzesbegriff angeknüpft hätte, das fehlt in Italien. Dafür tritt uns das Wort lex entgegen. Man hat es von *λέγειν* abgeleitet und mit „Spruch" verdeutscht, aber Curtius 538 bemerkt dagegen: da diese W. *λεγ* nur im Griechischen, und hier verhältnißmäßig spät, auf italischem Sprachgebiet niemals reden bedeutet, so kann lex unmöglich „Spruch" bedeuten". Wir müssen es also als einstweilen noch unerklärt bezeichnen, wie die Italiker zu dem Gesetzesbegriff gekommen sind [11]).

---

10) Curtius S. 315: „νέμος ist recht eigentlich ein grăcoitalisches Wort nach Laut und (?) Begriff. Wie sehr auch in nemus noch die Vorstellung des von Bäumen beschatteten grasreichen Bodens vorwaltet, zeigen Stellen wie Horat. Carm. 17. 9: cras foliis multis tempestas sternet." (Vgl. aber oben §. 17 A. 3.)

11) Gewiß sehr alte Anwendungen des Wortes lex enthalten: die oben schon (§. 13 A. 4) erwähnte lex horrendi carminis, Liv. I. 26; die legum

Digitized by Google

§. 19. — 3) Auch über die Grundtheilung beim urſprünglichen Einziehen der Griechen ſind wir im Dunkel.

Ueber die Landvertheilung der hiſtoriſchen Zeit ſind wir am Beſten in Betreff Sparta's und Athen's unterrichtet. In Sparta nach dem Heraklidenzug iſt Alles ſtreng dem Staatsintereſſe unterworfen (Hermann §. 19. 28). Für die ſiegenden Dorer (Spartiaten) gleiche Vertheilung des Grundeigenthums in eine Anzahl untheilbarer und unveräußerlicher Looſe (nach der Eroberung Meſſeniens 9000). Die beſiegten Landbewohner blieben zum Theil im Beſitz perſönlicher Freiheit und im Eigenthum am Grund und Boden (Periöken), unter Tributentrichtung und Ausſchluß von den ſtaatsbürgerlichen Rechten. Für die Spartiaten war außerdem bezweckt möglichſte Gleichheit und eine Art Gemeinſchaftlichkeit der fahrenden Habe unter Verbot der edlen Metalle als Tauſchmittel, ſo daß Handel und Gewerbe ausſchließlich die Periöken betrieben. Ein anderer Theil der Beſiegten verlor ſeine Feldmark an die Sieger, Heloten; ſie durften nicht getödtet oder außer Landes verkauft werden, ſie beſtellten die Ländereien ihrer Herren gegen Abgabe eines Ertragstheils, und begleiteten die Herren in den Krieg als Diener und Leichtbewaffnete. — In Athen iſt alles freier. Man unterſcheidet (Hermann §. 113—118): die eigentlich Berechtigten, die aus geſetzmäßiger Ehe von Athenern geborenen Vollbürger; die Neubürger; in's Bürgerrecht aufgenommene Ausländer, die zu keiner

dictio bei Servius in Aeneid. 3, 89 [Bruns font. p 296]: est species augurii, quae legum dictio appellatur: legum dictio autem est, cum condictio (condicio?) ipsius augurii certa nuncupatione verborum dicitur, quali condicione augurium peracturus sit; und die lex über die Veſtalinnen: Festus v. Probrum virginis Vestalis ut capite puniretur, vir, qui eam incestavisset, verberibus necaretur, lex, fixa in atrio Libertatis, cum multis aliis legibus incendio consumpta est, ut ait M. Cato in ea oratione, quae de auguribus inscribitur. Vgl. noch Festus v. sacratae leges.

Digitized by Google

II.

19 Phratrie gehörten, aber wohl einer Phyle und einem Demos zugetheilt wurden; die ἰσοτελεῖς, um besonderer Verdienste willen in allen privatrechtlichen Verhältnissen und pecuniären Leistungen den wirklichen Bürgern gleichgestellt, ohne Zulassung zu den eigentlich politischen Rechten. Daneben steht weiter: ganzen Städten und Ländern, oder auch Einzelnen durch ausdrückliche Verordnung gewährte Ehegenossenschaft, Eigenthumsrecht an attischem Grund und Boden und andere bestimmte Rechte z. B. Zollfreiheit. Ferner bilden ein hervortretendes Glied der Gesammtheit die Metöken (Schutzverwandte oder Beisassen), deren im Jahr 309: 10000 erwachsene Männer waren [die, freilich bezweifelte, Schätzung der Sklavenzahl geht bis gegen 400000; Hermann §. 114 A. 5]. Diese Metöken galten als Ausländer, konnten also kein Grundeigenthum erwerben, und mußten sich einen Bürger als προστάτης wählen. Sie waren berechtigt zur Betreibung aller bürgerlichen Gewerbe, wurden zum regulären Kriegsdienst, zu den außerordentlichen Steuern und Leistungen beigezogen, und waren auch zu allerlei erniedrigendem Gebrauche, wie Hydriaphorie, verpflichtet. Außerhalb und doch noch wieder an Athen geknüpft sind die πρόξενοι, an ausländischen Orten ernannte Gastfreunde, zur Wahrung der atheniſchen Interessen, mit den Privilegien die ein Ausländer und Nichtbürger in Athen haben konnte.

Man sieht, der Grundgedanke ist: das Eigenthum am Grund und Boden, das der Staat schützt, ist überwiegend für die Vollbürger reservirt. Die ursprüngliche Landvertheilung wird erst recht lediglich die Stammesgenossen in's Auge gefaßt haben, die jetzt mit der Niederlassung einen festen staatlichen Boden erhalten, auf dem der innere Frieden, gesetzliche Ordnung und Schutz nach Außen gewonnen werden kann. So dunkel uns auch die Grundsätze der ursprünglichen Landvertheilung sind, so deutlich zeigt uns doch die griechische Sprache, daß den Griechen der

Digitized by Google

Begriff der gesetzlichen Ordnung, der altherkömmlichen Sa- 19
tzung, aus der Vertheilung des Grund und Bodens erwachsen ist. Das Gesetz ist ihnen im wahren Sinn des Wortes die „Grundordnung" des Landeigenthums. Jene Wurzel *νεμ*, die im Germanischen nur nach der Seite des Nehmens, *λαμβάνειν* hin, nicht nach der Seite des Sichzutheilenlassens verwendet worden ist, die bei den Italikern nur im Vertheilungsmaaßstab (numerus), in den alten zutheilenden Stammfürsten, aber auch schon im zugetheilten nemus (der Waldweide) lebt, — sie hat im Griechischen eine Verwendung gefunden, die uns das volle Spiegelbild der Entwicklung der Begriffe giebt. Curtius 431: *νέμω* theile aus, lasse weiden, walte, *νέμομαι* lasse mir zutheilen, weide, habe inne, *νωμάω* theile zu, handhabe, *νομή, νέμησις* Vertheilung, *νεμέτωρ* [= Numitor], *νομεύς* [= Numa] Vertheiler, *νέμεσις* Unwille, Zorn über ein Uebermaaß, *νεμεσσάω, νεμεσίζομαι* verdenke, zürne, *νόμος* Gesetz, Brauch, *νομίζω* habe im Gebrauch, *νόμισμα* Münze. — *νέμος* [jenes lateinische nemus] Weidetrift, *Νεμέα, νομός* Weide, Wohnsitz.

Die Sprache lehrt uns hier ein gutes Stück Rechtsgeschichte; *νόμος* steht auf gleicher Stufe mit numerus. Aber aus dem „Theilungsmaaßstabe" ist den Griechen der Gesetzesbegriff erwachsen, den Italikern nicht.

§. 20. — B. **Die Völkerentwicklung.** Die Geschicke der 20
Völker gehen mit dem Einzuge in die verschiedenen Länder auseinander, ihr Charakter entwickelt sich selbständig, aber mit zähem Conservativismus halten sie, wie ihr indogermanisches Blut und ihre indogermanische Sprache die immer erkennbare Grundlage bleibt, so auch in der Rechtssitte und in ihren juristischen Grundgedanken viel mehr Gemeinsames fest, als man dies heutzutage gewöhnlich ahnt. Aber sie tragen das Alte doch auf ganz neuer Schaale. Es erwächst jedem der drei Völker, die ich hier vorzugsweise in's Auge gefaßt habe, der Begriff des Gesetzes:

Digitized by Google

II.

bill, lex, *νόμος*. Erſt von da an, wo dieſer Begriff exiſtirt, wo alſo die Geſammtheit nicht bloß im évas, mos traditionelle Ueberzeugungen hegt, ſondern ſpontan einen die Einzelnen bindenden Willen faßt und ſetzt, — erſt von da an beginnt der Bau des eigentlichen Staatsorganismus. Nur durch Geſetz und Staat kann ein Volk zu einer wirklich höheren Stufe der Cultur und Geſittung emporſteigen. Merkwürdig hat ſich dieſes Emporſteigen in umgekehrter Ordnung vollzogen. Die Germanen (und Slaven), die vom Urvolk zuerſt abgezweigten, liegen Jahrtauſende noch gleichſam im geiſtigen Winterſchlaf. Sie waren mit zu wenig geiſtigem Capital ausgezogen, ſo haben ſie um ſo längerer Zeit zum Emporringen bedurft. Sie mußten Griechen und Römer lange überleben, ehe ſie deren geiſtige Erbſchaft antreten konnten. Von den Kelten und Gräco-Italikern iſt das Keltiſche, gleich einem frühgeſtorbenen Kinde, nie zur Entfaltung ſeiner Eigenart gekommen; dem italiſchen Weſen aber iſt im Römerthum die Weltherrſchaft des Alterthums zugefallen. Die Italiker waren der langſamer ſich entwickelnde Bruder; die Griechen, die „am Treuſten das Alte des Urvolks bewahrt haben", ſind am Erſten zu raſcher und unvergleichlicher Geiſtesblüthe emporgeſchoſſen, und des raſch alternden Volkes Erbſchaft hat der in gemacherem Tempo vorſchreitende italiſche Bruder übernommen.

1) Was nun ſpeciell das Juriſtiſche, und in dieſem wieder die Grundfrage des Vermögensrechts, das Eigenthum, betrifft, ſo iſt die Entwicklung im germaniſchen und im italiſchen Strange, — die ich fortan allein noch in's Auge faſſe, — eine ſehr verſchiedene geweſen. Ich habe gezeigt, daß die Sprache uns in dem Urvolk nur erſt ein Eigenthum an beweglichen Sachen aufweiſt. Germanen und Italiker haben nach dem Völkereinzuge auf dieſer vorhandenen Baſis für die Geſtaltung des Eigenthumsrechts an Grund und Boden in ganz entgegengeſetzter Weiſe fortgebaut.

Digitized by Google

a) Die Germanen laſſen in der ſich fortziehenden Scheidung von fahrender Habe und Grundeigen den überkommenen Grundſtock des beweglichen Eigenthums („personal fortune") im Weſentlichen unberührt. Das Grundeigen („real fortune") geſtalten ſie ſo, daß man aus allen Punkten erſieht, daß es erſt durch die geſammte Organiſation des Grundbeſitzes ſeit dem Einzuge neugeſtaltet iſt. Beide ſind dem Germanen ganz verſchiedene Dinge, die nur als „Habe" oder „Eigen" („fortune") zuſammengefaßt werden, rechtlich aber ſo auseinanderliegen, daß der Germane gar kein gemeinſames Wort für „dominus" hat (ſ. oben §. 11 A. 3, §. 14 A. 3). In der juriſtiſchen Regulirung der fahrenden Habe läßt man den, nur dem alten Kampf entwachſenden, Rechtsſchutz in ſeiner Iſolirung für das Urdominium, das „Zähmungsverhältniß" fortbeſtehen. Ganz in der Weiſe alter Völker erſcheint bloß der Hauptpunkt rechtlich geordnet, dem dann die Nebenfragen je nach Bedürfniß accommodirt werden. Die „Anefangsklage" bleibt in ihrer Formulirung lediglich auf das zahme Thier berechnet. Das Grundeigenthum dagegen tritt im Germaniſchen von vorn herein in näherer Verbindung mit der ſtaatlichen Organiſation, wie ſie ſich erſt ſeit dem Einzuge gebildet hat, hervor. Liegende Habe ſteht nach altſtrengem Recht nur den Freien zu, ſie kann nur feierlich auf Andere übergehen, kann nur von Männern ererbt werden (Grimm S. 491). Alſo nur die fahrende Habe, die auch Unfreien zuſtehen, auch unfeierlich auf Andere übergehen, auch von Frauen ererbt werden kann, iſt gewiſſermaßen der allgemeine Eigenthumsbegriff. Liegende Habe iſt Ganzeigen [al = totus, integer; od = bonum; alſo al-eigen = mere proprium; Grimm S. 493. 494], fahrende Habe iſt Allereigen.

Die Ordnung des Gerichts ſtützt ſich fortan ganz auf die neue Organiſation in Mark, Gau und Landſchaft. Grimm S. 745:

II.

20 „In der Volksverſammlung (concilium) kamen alle öffentlichen Angelegenheiten der Mark, des Gaus und der Landſchaft zur Sprache . . . es bildeten die zuſammenkommenden freien Männer den Kern des Gerichts.“ Sie verſammeln ſich an der in Mark, Gau, Landſchaft herkömmlichen Stätte (Grimm S. 746); „im Freien . . . Die Anſicht des Heidenthums verlangte zur Gerichtshaltung heilige Oerter, an welchen Opfer gebracht, und Gottesurtheile vorgenommen werden konnten“ (S. 793). „Ohne Zweifel war die feierliche Vollbringung der Rechtsgeſchäfte und Schlichtung der Rechtshändel im Heidenthum mit Religionsgebräuchen verbunden . . . Hierauf bezog ſich . . . die Beſchaffenheit der mit Opfern und Eiden zuſammenhängenden, unter *prieſterlichem Vorſitz* gehaltenen alten Gerichte . . . Dem Gerichte wurde Heiligkeit und *ein beſonderer Friede* beigelegt“ (S. 745). „Alle richtende Gewalt wurde von der Genoſſenſchaft freier Männer unter dem Vorſitz eines erwählten oder erblichen Oberen ausgeübt. Nie konnte der Unfreie am Gericht eines Freien theilnehmen“ (S. 749). „Bei allen Weiſungen des verſammelten Volks haben Alter und Herkommen die größte Bedeutung“ (S. 772). — Dann ſpäter, die Umwandlung der Urtheilenden in ſtändige Beamte, scabini (S. 775). „Der tuom, die Weiſung des Rechts ging alſo entweder von der ganzen Gemeinde oder von erleſenen Gemeindegliedern aus“ (S. 780), und „urſprünglich lag die Kraft des Urtheils und der Entſcheidung in Händen der Genoſſen und Nachbarn“ (S. 785).

21 §. 21. — b) Ganz anders der Entwicklungsgang bei den Italikern. Was Sache der animadversio iſt, liegt wie bisher in den Händen deſſen der eine potestas hat [des paterfamilias und des rex (viçpatis, §. 7 A. 6)]. Was unter den Begriff der poena zu bringen und dem Gebiet der vindicta zu entziehen ſei, das iſt in ſeinem Ausbau ſpecifiſch italiſche Schöpfung. Der *Umkreis der Privatangelegenheiten im eng. S.* liegt

Digitized by Google

nicht im Machtgebiet königlicher Entscheidung. Es beweist sich 21
dies daraus, daß die Italiker für den durch die actio sacramenti zusammengehaltenen Kreis dieser Angelegenheiten die Bezeichnung der vindicta stets festgehalten haben. Aber an die Stelle von Kampf und Gottesurtheil war schon längst die „Composition" (das pacere oder die conventio) getreten, daß auf Grund des geschworenen Eides der von den Streitenden gewählte iudex die Streitsache zu entscheiden habe. So ist die Entwicklung bei Germanen und Italikern gerade entgegengesetzt. Dort wegen der „Unthaten" Substituirung der „Composition" an Stelle der Vindicta; hier wegen der Privatstreitsachen die componirende conventio der Parteien über den zu wählenden iudex. Während über diesen Privatstreit bei den Germanen die Gemeinde entscheidet, ist es für ihn italischer, aus der ursprünglichen Vindicta zu erklärender, Urrechtssatz: neminem esse iudicem nisi qui inter adversarios convenisset (§. 16 A. 6). So folgt denn auch ein ganz anderer juristischer Aufbau des „iudicium" im Gegensatz zu der unverändert „in iure" vorgenommenen Proceßeinleitung, es folgt ein ganz anderer Begriff der „res iudicata".

Indem aber bei den Italikern das Staatliche erstarkt, entwickelt sich immer deutlicher der Begriff eines eigenthümlich für diesen Volkskreis abgeschlossenen Nationalrechts, welches dem Volksgenossen besonderen Schutz gewährt, aber auch die Gewährung seines Schutzes unter besonders strenge Anforderungen stellt. Es spricht sich dies strictnationale Element, das bestimmt war lange Jahrhunderte hindurch die Rechtsentwicklung vollständig zu beherrschen, für die actio sacramenti darin aus, daß die Behauptung: aio rem meam esse mit der Berufungsclausel auf das nationale Recht versehen wird. In unseren historischen Quellen lautet die Clausel: (aio rem meam esse) ex iure Quiritium (Gai. IV. 16); früher mag sie rein ramnitisch: „ex iure Romano" (fr. 1 §. 2 de rei vind. 6. 1; §. 15 A. 2)

Digitized by Google

II.
21 gelautet haben; noch früher mag man „ex iure priscorum Latinorum“ (Liv. I. 32) gesagt haben.

Die wichtigste Weiterentwicklung für die sacramenti actio lag darin, daß der Begriff des „Zähmungsverhältnisses“ (dominium) durch die nach dem numerus duodenarius vorgenommenen Landvertheilungen nicht mehr bloß für die zwei Jugeren heredium, sondern für große Massen von Grundeigenthum zur Verwendung gebracht wurde. In seinem eigenen Haus und Garten schützt der manutenirende herus sich schon selbst mit seinen Waffen; darüber kommen in solchen alten Zeiten wohl am Seltensten Processe vor. Aber für andere vielleicht weitab liegende Eigenthumsgrundstücke wird der Rechtsschutz durch Eigenthumsklage gerade so nöthig, wie für die frei umgehenden Hausthiere und Sklaven. So wurde die Ausdehnung der actio sacramenti: aio rem meam esse auf die nicht in's ius transportabelen Eigenthumssachen zur Nothwendigkeit. Diese Ausdehnung (Gai. IV. 17) auf Grundstücke (von Säulen wird in jener Zeit noch nicht geredet worden sein) hatte bereits eine Brücke. Von der Vindication des einzelnen Hausthiers oder Sklaven war man zur Vindicabilität einer Heerde gelangt, indem: ex grege vel una ovis aut capra in ius adducebatur. Nachdem die Latiner angefangen hatten Schiffe zu bauen, und nachdem also auch für diese das Bedürfniß der Vindicabilität eingetreten war, nahm man vom Schiff ein Stückchen in's ius. So war der Weg gebahnt, daß, — als man erst Privatgrundeigenthum hatte, für das sich das Bedürfniß der Vindicabilität bildete, — man eine pars de fundo, de aedibus, und auch [seitdem sich der Begriff der Universalsuccession erst völlig mit Hülfe der Sacra abgeklärt hatte; §. 7 A. 14] de hereditate in's ius nahm, und an diesem Stück die Durchführung der Vindication für gültig anerkannt wurde. Diese allmälige Ausdehnung der actio sacramenti ist von der höchsten historischen Wichtigkeit und Beweis-

Digitized by Google

kraft. Solches ausdehnende Weiterschreiten geschieht im hohen 21
Alterthum nicht nach irgend einer über den Dingen stehenden begrifflichen Speculation, sondern lediglich nach der zwingenden Wirklichkeit der bestehenden Verhältnisse. Hätte es schon von Anfang an ein Eigenthum am Grund und Boden gegeben, so würde, als sich für dieses ein staatlicher Rechtsschutz entwickelte, der Rechtsschutz gleich in der für Grundstücke geeigneten Gestalt construirt sein. Indem die italische Eigenthumsklage als zunächst auf Vieh und Sklaven berechnete „Apprehensionsklage" auftritt, so ist das ein Beweis, daß in der Zeit ihrer Entstehung es nur ein für die Vindication practisch wichtiges Eigenthum an Vieh und Sklaven (und anderem beweglichen Hausgut) gab. — Wir haben also für den Satz, daß die indogermanischen Völker ursprünglich nur ein Eigenthum an beweglichen Sachen gekannt haben, einen doppelten Beweis von den entgegengesetzten Polen aus: den einen aus den Urworten dominium und herus; den anderen rückwärts aus der italischen Eigenthumsklage, die ursprünglich nur auf transportabele („anfaßbare", „apprehendirbare") Sachen gerichtet war.

§. 22. Dieser selbe Beweis ergiebt sich auch noch aus 22
einem anderen wichtigen Punkte. Ich habe oben ausgeführt, daß der Kauf in den Zeiten des Urvolks als Realkauf zu denken ist, und zwar nach zwei Seiten hin: schon von den ältesten Zeiten her als internationaler Kauf mit fremden Händlern [auch in Italien, wo wir von den ältesten Zeiten her fremden Goldschmuck, Glas, Bernstein, Salben, Purpur, Elfenbein, Weihrauch erwähnt finden (Mo. S. 196), können diese peregrinen Händler nie gefehlt haben], und als formloser Realkauf unter den Stammgenossen. Es ist schon oben bemerkt worden, daß den Begriff des Kaufpreises bereits das Urvolk kannte (vasnas — ὄνος — venum, vgl. §. 10), wenn ihm gleich noch nicht das Erz bekannt war, also wir doch wohl als diesen Kaufpreis zunächst nur das gegengetauschte currente Vieh (Rind, Schaaf) an-

Digitized by Google

II.

22 zuſehen haben. Die Geſtaltung, daß der Preis zugewogenes Erz (aes rude) iſt, kann erſt eingetreten ſein, nachdem die Italiker eingezogen waren. Hierbei ſtellt ſich der Realkauf beweglicher Sachen von ſelbſt ſo: der Käufer ſoll die Sache zu Eigenthum tradirt erhalten [das Eigenthum, herus-ſein, beginnt, indem man die dargereichte Sache mit der Hand, hir, an ſich nimmt: mancipatio], und gleichzeitig dem Verkäufer den Erz-Preis, deſſen Richtigkeit durch das Abwägen conſtatirt wird, aushändigen. Alſo die mancipatio iſt urſprünglich keine Form oder Sollennität, ſondern der wirkliche Realkauf. Aber ſeitdem das italiſche Volk in die Periode der ſchärferen Ausprägung des ſtrictnationalen Elements eintrat, konnte es nicht fehlen, daß dies auf den unter den Stammgenoſſen vorgenommenen Realkauf wichtigerer Sachen beſtimmend einwirkte. Es wurde eine gewiſſe juriſtiſche Sollenniſirung des Geſchäfts nöthig oder wünſchenswerth. Der Käufer mußte eine genaue Wortformel ſprechen, die von vorn herein documentirte [1]), daß es ſich hier um daſſelbe nationale Eigenthum handle, welches in der actio sacramenti beſonderen nationalrechtlichen Schutz gewonnen hatte. Alſo er mußte, identiſch mit der altherkömmlichen Klagformel, ſagen: nach unſerem Nationalrecht [„ex iure priscorum Latinorum“?] hunc ego hominem meum esse aio (Gai. I. 119). Das Abwägen des in praesenti gegengeleiſteten Erzes mußte in

1) Die (natürlich nicht zufällige) Identität der Mancipationsformelworte aio rem meam esse mit denen der actio sacramenti hat offenbar die Bedeutung, daß damit für eine ſpätere Vindication die Identität des damals erworbenen und jetzt vindicirten Rechts conſtatirt wird. Das aber würde ſeinen Zweck gar nicht voll erreicht haben, wenn nicht bei der Mancipation Zeugen vorhanden waren, die den früheren Erwerb hinterdrein bei der Vindication documentiren konnten. Der practiſche Zuſammenhang fordert alſo, daß man ſich das Aufkommen des ſtrictnationalen Sollennitätsactes der Mancipation von Anfang an als ein mit Zeugen verbundenes zu denken hat.

Digitized by Google

der Formel ebenfalls repräsentirt sein (isque mihi emptus est hoc aere aeneaque libra). Und dieser Willensact wurde durch Zeugenzuziehung für die Stammgenossen und für eine spätere etwaige actio sacramenti gemeinkundig gemacht. — Das ist die Mancipation als altlatinisch-nationalrechtlicher Sollennitätsact.

Zunächst freilich scheint dies lediglich als Vermuthung dazustehen [2]). Aber es giebt doch weitere Beweismomente, die sich dann ergeben, wenn man jenes Mommsen'sche „seit" modificirt. Nachdem das altlatinische Volk das Erz hat kennen lernen und durch Wägen als Geld verwendet hat, kann man nicht gleich die Gesammtheit der altlatinischen Bauernschaft als mit genügender Quantität dieses Geldes durchsättigt annehmen. Man vergleiche die Zustände der altdeutschen Bauern (§. 10 A. 1. 2. 8), wo dies Eindringen des Geldes die größten Schwierigkeiten hatte; man denke nur an die Zustände unserer Bauern vor 400 Jahren, wo in deren Hand kaum ein Geldstück kam. Noch viel mehr ist es bei den altlatinischen Bauern begreiflich, daß lange Zeiten hindurch, — wo Vermögende und Vornehme bereits das Erz kennen, besitzen, und, es abwägend, damit kaufen, — in der Masse des Bauernvolkes der reine Tauschzustand bleibt. Die beiden Perioden, wie ich sie in meiner Mancip. u. Trad. (1865) S. 54 Nr. 1 u. 2 als die Periode des Tausches und des aes rude bezeichnete, stehen sich also allerdings als Aelteres und Späteres gegenüber, sind aber vielleicht Jahrhunderte lang als neben ein-

2) Mommsen hat es bereits in der ersten Auflage seiner römischen Geschichte ausgesprochen (1854) I. S. 105: „Seit das Kupfer anstatt der Schafe und Rinder der regelmäßige Werthmesser geworden war, bestand die Form des Kaufs also darin, daß der Käufer dem Verkäufer die festgesetzten Kupferpfunde vor Zeugen auf der Wage zuwiegt und dieser ihm gleichzeitig die gekaufte Sache in die Hand giebt (mancipare)"; vgl. noch das. S. 107. — [6. Aufl. S. 151 A. *.]

Digitized by Google

II.
22 ander hergehend zu denken, ſo daß auch die Rechtsbeſtimmungen über Multa und Sponſionen um der Volksmaſſe willen lediglich beim „Vermögen" des Bauern, der pecunia: Rind und Schaaf verharren mußten. In dieſen früheren Jahrhunderten der altlatiniſchen Zeit muß die mancipatio entſtanden ſein. Man kannte ſchon das Erz, aber man beſaß es nur in engeren Kreiſen. Es gab kein Grundeigenthum außer den zwei Jugeren heredium. Das zu verkaufen konnte wohl bei der Geſchloſſenheit der Familien nur ſchwer einem Hausherrn einfallen dürfen; erſchien es vom Standpunkt der Familie aus zu billigen, ſo beſtand dafür die in iure cessio vor dem rex oder Prieſter [3]). — Mithin ein Kaufen unter Gegenwägen von aes rude gegen zu empfangendes Grundeigenthum war noch gar kein Bedürfniß. In ſolcher Zeit muß ſich die Conſtruction der mancipatio als eines ſtrictnationalen Rechtsactes gebildet haben. Die mancipatio ſetzt in ihrem urſprünglichen Bau eine bewegliche Sache voraus [4]), welche manu capirt werden kann. Alſo es muß etwas reell Greifbares und etwas mit der Hand Greifbares [serviles personae, animalia, quae mancipi sunt: boves, equi, muli, asini] geweſen ſein, dem gegenüber ſich dieſe Rechtsform überhaupt entwickeln konnte. Wären Grundſtücke gleich Anfangs mit in Betracht gekommen, ſo würde ſich die Form eben anders entwickelt haben. Alſo die praedia tam urbana quam rustica (Gai. I. 120) können erſt ſpäter mit unter die ſchon beſtehende Mancipation aufgenommen worden ſein, d. h. wir können dieſe Ausdeh-

3) §. 15 A. 4.

4) Dies weiſt alſo darauf zurück, daß (wenn auch hier ſchon das heredium exiſtirte) der Gegenſtand der mancipatio noch mit dem alten Umfange des dominium zuſammentrifft. (Vgl. auch Mommſen R. G. 6. Aufl. S. 184.) — Danach konnte man denn auch einfach die außer dem heredium beſeſſenen Grundſtücke nach der „Nichtmancipation" charakteriſiren: agri qui non mancipatione sed usu tenebantur; Festus v. possessiones.

Digitized by Google

nung erſt von der oben beſprochenen zweiten altlatiniſchen Periode datiren (§. 18), als nach dem Duodecimalſyſtem eine große Aſſignation von Grund und Boden zu Privateigenthum ſtatt gefunden hatte. —

Das Geſagte findet noch eine beſondere Beſtätigung in eingehenderer Betrachtung der Objecte auf die ſich die Mancipation bezieht, der vielbeſprochenen res mancipi. Ich ſagte vorher: Gegenſtand der Mancipation waren die wichtigeren Sachen. Sicherlich iſt ſtets der Kleinverkehr, ſo gut wie der internationale Realkauf, formloſes reelles Sachleiſten gegen reelles Abwägen des aes rude oder auch Handgewichtsſchätzung der currenten Erzſtücke geweſen. Alſo die Mancipation als altlatiniſch-ſtrictnationaler ſollenner Rechtsact [Abwägen des aes rude, unter Ausſpruch der ſollennen Worte aio rem meam esse, cet., vor Zeugen] iſt nur auf die wichtigeren Sachen des damals (abgeſehen vom heredium) aus „familia pecuniaque“ (§. 18 A. 7) beſtehenden Vermögens gerichtet geweſen. Wenn nun aber damals in Betreff der familia pecuniaque noch die Anſchauung eine lebendige war, daß das Eigenthum das Zähmungsverhältniß ſei, ſo iſt es gar nicht anders denkbar, als daß ſich die Feſtſtellung derjenigen Sachen, die res mancipi ſein ſollten, an die bei ihnen beſtehende Zähmungsweiſe knüpfen mußte.

Hiefür haben wir in der That noch die ſtets im Alterthum fortgetragenen Beweiſe. Res mancipi ſind zunächſt alle Sklaven (die familia), die ja ſchon im Wort ſich allgemein als die „Gebändigten“ darſtellen (§. 9 A. 6). Von den übrigen beweglichen Sachen, insbeſondere den Hausthieren, gehören zu den res mancipi nur diejenigen, bei denen die Zähmungsweiſe eine, der Wichtigkeit dieſer Sachen entſprechende, ganz eigenartige iſt. Hunde, Katzen, Hühner, Gänſe u. ſ. w. gewöhnt der Menſch an ſich gleichſam perſönlich, er pflegt ſie in ſeiner umfriedeten Behauſung viel näher an ſich zu ziehen. Dagegen Rind, Pferd,

Digitized by Google

II.

22 Eſel, Maulthier ſind ihm ſelbſtändige Gehülfen der Arbeit, die immerfort beſondere, dem Körper des Thiers angepaßte, Vorrichtungen für das Bewahren der Zähmung nöthig machen. Solche Gegenſätze in der Stellung des Menſchen zu den Hausthieren verſchwinden nach unſeren jetzigen Verhältniſſen faſt für unſer Auge; für das Auge der Menſchen im frühen Alterthum ſind ſie von der außerordentlichſten Wichtigkeit. So ſagt denn der Altitaliker, indem er ſein Großvieh nach der Art bezeichnet wie er es zähmt (Ulp. 19. 1): mancipi res sunt . . . servi et quadrupedes quae collo dorsove domantur, velut boves muli equi asini — ceterae res nec mancipi sunt (Gai. I. 120). Aber das iſt nicht abſtract-begrifflich gemeint, ſondern bezeichnet dieſe dem Italiker bekannten Großvieharten nach der dabei verwendeten Zähmungsweiſe[5]). So kam die altitaliſch-traditionelle Feſtſtellung der res mancipi ſchon in Conflict mit den geänderten Verhältniſſen als man Elephanten und Kameele kennen lernte, und man beantwortete die neuentſtehende Frage dann auch in verſchiedener Weiſe: Ulp. l. c.: elefanti et cameli quamvis collo dorsove domentur nec mancipi sunt quoniam bestiarum numero sunt (Gai. II. 16); Isidor. l. c.: nam et ea quae in bestiarum numero sunt tunc videntur mancipium esse, quando capi sive domari coeperunt. Aber, lange vor dem Kennenlernen der Elephanten und Kameele, muß den Italiker ſchon eine andere zweifelhafte Frage beſchäftigt haben. Dominium iſt ja an ſich Domirtſein. Will man nun dominium durch Mancipation erwerben, ſo iſt das: ea res est mihi empta [d. h. ich nehme ſie mir; „capio“; vgl. §. 23 A. 4] ganz reell gemeint. Der Erwerber erfaßt ſie und nimmt

5) Res mancipi oder mancipium bedeutet an ſich nur: ein der Zähmung und alſo Manucapirung Zugängliches. Isid. Or. IX. 4 §. 45: mancipium quidquid manu capi subdique potest, ut homo equus ovis [Danz R. G. I. S. 208 bemerkt richtig: „wohl boves“].

Digitized by Google

sie mit. Aber um das zu können muß sie concret-zahm, 22
also sie muß domirt sein. Wie nun aber bei einem, wohl von einem domirten Thiere abstammenden, aber selbst noch nicht domirten Thiere, das sich gar nicht ruhig nehmen („capi") läßt? Ist es nicht ein Widerspruch, daß Einer sagt: capio hanc rem, wenn der Augenschein lehrt, daß sie noch nicht domita ist? Kann also hier eine Mancipation vorgenommen werden? — Unsere Quellen berichten von einer noch in die classische Zeit fortgetragenen Controverse, die aber ihrem eigentlichen Sinne nach, d. h. als eine wirklich ernstes Bedenken in sich fassende, einer Zeit angehören muß, wo die Anschauung: dominium = Domirtsein eine noch lebendige war: Gai. II. 15: item . . statim ut nata sunt mancipi esse putant; Nerva vero, Proculus et ceteri diversae scholae auctores non aliter ea mancipi esse putant quam si domita sunt, et si propter nimiam feritatem domari non possunt, tunc videri mancipi . .; Isidor. l. c.: haec enim animalia statim ut nata sunt mancipium esse putantur.

Wir mögen hier vor der ältesten juristischen Controverse stehen. Die Frage: gehört zur Möglichkeit, durch Mancipation das Eigenthum zu erwerben, das concrete Zahmsein des Thiers? — kann lange als theoretischer Streit fortgetragen sein, aber um zu entstehen fordert sie die Luft der ersten Periode der altitalischen Zeit. Sie ist eine Frage ähnlich der, die uns oben als eine auch uralte aus dem deutschen Recht entgegengetreten ist (vgl. §. 12 A. 5), wonach bei der Anefangsklage es gefordert wurde, daß das Hausvieh sich dem Kläger als concret-zahm erwies.

Zeigt uns das Bisherige deutlich, daß es aus einer Zeit stammt, wo mit Demjenigen Ernst gemacht wurde, was im Wort manu capere liegt, — also aus der Zeit, wo das Eigenthum, als Begriff des Domirtseins, sich auch in der Handlung als manu [also bewegliche Sache] capirbar [also zahm] darstellen

Digitized by Google

II.

22 mußte — so verhält es sich mit den anderen Sachen, die zu den res mancipi gehören, gerade umgekehrt. Grundstücke und servitutes praediorum rusticorum können erst in den Kreis der res mancipi aufgenommen sein, seit (abgesehen vom heredium) durch die Aeckerassignationen nach dem numerus duodenarius diese Gegenstände in den Kreis des dominium recipirt worden waren, seitdem also der ursprüngliche Sinn des Worts: dominium = Domirtsein allmälig den Italikern entschwinden mußte; Gai. I 120: item praedia tam urbana quam rustica, quae et ipsa mancipi sunt, qualia sunt Italica, eodem modo solent mancipari; II 17: nec mancipi sunt, exceptis servitutibus praediorum rusticorum [in Italico solo, quae mancipi] sunt, quamvis sint in numero rerum incorporalium; Ulp. 19. 1: mancipi res sunt praedia in Italico solo, tam rustica qualis est fundus, quam urbana qualis domus: item iura praediorum rusticorum velut via iter actus aquaeductus. Das „Italische" Gebiet muß erst Zusatz der historischen Zeit sein; früher muß das engere staatliche oder nationale Gebiet, in dem auch die strictnationale actio sacramenti Geltung hatte, die Grenze gebildet haben. Aber in dieser Beschränkung weist gerade die Verbindung der Grundstücke mit den unkörperlichen (also gar nicht mit der Hand capirbaren) Prädialservituten darauf hin, daß man hier eine Bestimmung aus der zweiten Periode der altlatinischen Zeit vor sich hat. Durch die Aeckerassignationen war es eine practische Nothwendigkeit geworden, für die vielen nun auch in Veräußerungsverkehr tretenden Eigenthumsgrundstücke, zusammen mit jenen für sie so unentbehrlichen ländlichen Gerechtigkeiten, eine — im Gegensatz zur in iure cessio — bequeme Erwerbsart herzustellen.

So sind die res mancipi: „ein Bild ihrer Geschichte". Die vielen Versuche, sie aus einem zu ermittelnden einheitlichen Gedanken zu erklären, richten sich auf ein Ziel, das nicht existirt.

Digitized by Google

§. 23. Aus der altlatinischen Zeit ist die Mancipation in 23
die specifisch-römische [die wir ja herkömmlich als die technisch „civilrechtliche" bezeichnen] herübergenommen worden. Ich habe diese Zeit in der oben citirten Schrift zum Gegenstande genauerer Untersuchung gemacht; bin aber genöthigt, nach dem darüber und dagegen neuerdings Gesagten, die Hauptpunkte meiner Schrift hier nochmals genau zusammenzustellen.

Ich habe erklärt, daß ich die früheren Zeiten des reinen Tauschverkehrs und des aes rude, die Zeiten vor Servius, von meiner Untersuchung ausschließe (S. 130). Ich beginne die Betrachtung mit der Servianischen Verfassung [1]), der Periode des aes signatum (55), auf die dann mit den 12 Taf. die Periode des aes grave folgt (56). Ich constatire (131), daß mit der Servianischen Einführung des aes signatum die äußere Gestaltung des vor den fünf Servianischen Volkszeugen ausgeführten Rechtsactes der Mancipation coincidirt, und daß in der Zeit des aes signatum (von Servius bis zu den 12 Taf.) der wirkliche Kaufpreis neben der Mancipation zugewogen wurde, dagegen die reelle Preiszahlung nicht mehr Bestandtheil des Mancipationsactes war.

Also ich bestimme mir genau die Gränze, von der aus ich beginne: es ist der Punkt, wo unter Herrschaft des aes signatum es Stück des Mancipationsactes geworden war, daß der: aes (das rauducsculum) tenens aere percutit libram idque aes dat ei a quo mancipio accipit (Gai. I 119). Diese im sollennen Uebergeben des Rauducsculum ausgeprägte Gestalt der römischen Mancipation bezeichne ich [im Gegensatz zu den altlatinischen Zuständen, die ich bei Seite schiebe] als denjenigen „mit civilrechtlicher Autorität bekleideten juristisch fixirten Rechtsact", der, in dem entscheidenden Punkte des pretii

1) Vgl. auch Mommsen R. G. (6. Aufl.) S. 151 A. *.

II.

23 loco Gebens bis Gaius hin unverändert, nach Maaßgabe unſerer Quellen geprüft werden ſoll (130)[2]. Die geſammte Richtung meiner Deduction geht gegen die damals herrſchende Auffaſſung, daß die Mancipation „lediglich als eine Eigenthumsübertragung, die den Charakter einer künſtlichen Schöpfung an ſich trage", aufzufaſſen ſei (187. 188). Ich will demgegenüber nachweiſen, daß die Mancipation in natürlicher Weiſe aus dem Kauf herausgewachſen ſei. Ich unterſcheide zwei Perioden:

α) Die Zeit der emptio quae mancipii est d. h. die Geſtaltung, die „bei den Römern unter mancipatio ſchlechtweg, als der auf Grundlage eines wirklichen Verkaufs vorgenommenen Mancipation verſtanden wird"; wonach man alſo geradezu ſagte „ich habe für 205 (den wirklichen Kaufpreis) mancipio empfangen" (159)[3], und wonach die Zeugen noch in ſpäten Zeiten die richtige Zahlung des wirklichen Kaufpreiſes in der Mancipationsurkunde atteſtiren (147). Das Weſen dieſer Mancipation bezeichnet Gaius als „imaginaria venditio" (130 A. 2), und dies erkläre ich ſo: „So wie zunächſt die imago des aes mit dem wirklichen alten Pretium [in der Zeit des aes signatum] zuſammenhängt, indem der Eigenthumsübergang außer dem Mancipationsacte die wirkliche Leiſtung [gleichviel

2) Es ſtehen ſich alſo gegenüber als die zwei ſich aneinander ſchließenden Phaſen: die altlatiniſche Mancipation [in gewiſſe ſtrictnationale Rechtsformen und Sollennitäten gefaßter Realkauf der wichtigſten Sachen vor (wir wiſſen nicht wieviel) Zeugen: reales Sachnehmen unter realem Abwägen und Leiſten des wirklichen Preiſes in aes rude] und die ſpecifiſch-römiſche Mancipation [der mit civilrechtlicher Autorität bekleidete, in der eigenthümlichen juriſtiſchen Fixirung auf das dare des rauduscelum pretii loco ſo eigenartig in den römiſchen Quellen uns entgegentretende Rechtsact].

3) Ebenſo wie man ſagte „mancipio accepi de Dasio . . . denariis CCV", konnte natürlich der Dasius auch ſagen: „mancipio dedi denariis CCV"; ſ. unten §. 24 A. 2.

Digitized by Google

einſtweilen ob vorgängige oder nachfolgende] vorausſetzt, ſo iſt 23
der Rechtsſatz auch unter den veränderten Verhältniſſen geblieben" (142). Ich rüge an der Huſchke'ſchen Auffaſſung, daß in deſſen „Darſtellung die gar nicht erwähnte reelle Geldzahlung zu ſehr zurücktritt, indem doch das imaginäre aes dare, als die civilrechtliche Form, die eigenthumsübertragende Kraft an ſich und urſprünglich auf Grundlage des reell geleiſteten pretium hat" (143, 144). Im Genaueren führe ich aus, daß nach dem Grundgedanken der Mancipation die wirkliche Preiszahlung als vorher reell erfolgt oder durch Preiscreditirung erſetzt betrachtet werden müſſe, mithin in der Empfangnahme des Rauduſculum die Bedeutung einer imaginären Quitirung liege (145 ff.); daß aber allerdings feinere Fälle herauszubringen ſeien, wo gültige Preiszahlung oder -Creditirung nicht vorlag, und wo dann unerbittlich wieder der Satz zur Anwendung kam: der Eigenthumsübergang trete erſt ein, wenn nach geſchehener Mancipation die Preiszahlung oder -Creditirung nachgefolgt ſei. Welche Bedeutung hat alſo dieſe auf Grund eines wirklichen Kaufs vorgenommene Mancipation? Einfach die: „daß (156) der Mancipant, indem er das aes annimmt und den Geber damit officiell liberirt, zugleich ſtillſchweigend conſentirt daß ſein Recht an der Sache auf den Erwerber herüberfließe. Alſo das gerere per aes et libram iſt Verſinnlichung zweier ideell-juriſtiſcher Acte, des Quitirens in Betreff des Preiſes und der Transmanation des Eigenthums". Aber wie der urſprüngliche Status der Mancipation (ſo wie ſie als römiſch-civilrechtlicher, juriſtiſch fixirter Rechtsact mit dare des rauduſculum vor uns liegt) nach der Seite der Preisquitirung hin allmälig durchlöchert worden iſt — indem ſich auch Fälle entwickelt haben, in denen noch nach dem Mancipationsacte Preiszahlung oder -Creditirung nöthig wird (ſ. vorher), ſo iſt ihr anfänglicher Status auch noch nach einer anderen Seite hin unterwühlt wor-

Digitized by Google

II.
23 den (137—140). Anfänglich ist die civilrechtliche Mancipation als mit der Besitzerlangung der Sache verbunden zu denken. In Betreff der beweglichen Sache ist sie das capere (aber das kann auch schon allmälig abschwächend bloß als Berühren verwendet sein, so daß man nach dem Mancipationsacte dem Veräußerer den Sachbesitz doch ließ); in Betreff der unbeweglichen Sachen ist nicht anzunehmen, daß die Herüberziehung der Mancipation auf sie gleich ohne Erforderniß der Anwesenheit eingetreten wäre, vielmehr ist [da der Bestand der Mancipation für unbewegliche Sachen schon in der ganzen zweiten Periode der altlatinischen Zeit angenommen werden muß] vorauszusetzen, daß in der älteren römisch-civilrechtlichen Zeit Grundstücksmancipationen nur in Anwesenheit auf der Sache vorgenommen wurden, und man erst später sich gewöhnte sie auch in Abwesenheit zu mancipiren (praedia vero in absentia solent mancipari).

Dagegen in einem und zwar dem Hauptpunkt ist die emptio quae mancipii est in ihrer ganzen römisch-civilrechtlichen Lebenszeit nie verändert worden. Das ist in Betreff jener „Transmanation des Eigenthums". Indem der Veräußernde, nach der Behauptung des Erwerbers: „dies ist meine Sache und ich nehme sie mir [4]) durch dies Erz und Wage", das nach Anschlagen an die Wage ihm dargereichte aes stillschweigend acceptirt, so ist damit absolut sicher (freilich nicht mehr der Zeitpunkt der Transmanation — da die Quitirungsbedeutung durchlöchert ist, wohl aber) der kaufmäßige animus transferendi et

4) Fest. v. emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere. Das emere hat also die Bedeutung des capere (manu d. h. zum herus-sein), woher denn eben der Name mancipatio. Vgl. auch Isid. Or. IX. 4 §. 45 (oben §. 22): quidquid manu capi subdique potest. — Der römisch herkömmliche Ausdruck: emptio (et) venditio bedeutet ursprünglich: „das Nehmen (est mihi empta) auf Grund des Verkaufens also Preisbezahlens" (hoc aere aeneaque libra).

Digitized by Google

accipiendi dominii festgestellt. Also die Mancipation ist 23
civilistische Perfection des zugleich materiell vorgenommenen Kaufgeschäfts behufs der Transmanation des Eigenthums (157). Das aes wird noch in der späteren Zeit der nummus usualis dominicus genannt d. h. das Kennzeichen der Eigenthumsübertragung (179), Geben und Nehmen des as, unter der Erklärung des Gebers „dies ist meine Sache", ist die Willenserklärung kaufmäßiger Eigenthumsübertragung. „Mancipation ist die Perfection des Kaufgeschäfts, wir können Kauf und Mancipation nur als die materielle und formale Seite eines einzigen Geschäftes (der emptio quae mancipii est) betrachten; der Grundgedanke der Mancipation ist die natürliche durch den Verkehr so nahe gelegte Idee, daß man für das wichtige Kaufgeschäft einen formell genau constatirten Perfectionsmoment gewinnen wollte" (191). Man muß eben nur im Auge haben, daß für die altrömische Zeit, in der die Mancipation dieser im dare des rauduscul civilrechtlich fixirte Rechtsact geworden ist, noch ganz die, Peregrinen wie Einheimischen gegenüber geltende, Anschauung besteht: Kauf ist Realkauf (der Consensualcontract auf gegenseitige Leistung in seiner späteren Rechtsgeltung existirte ja noch gar nicht). Also civilrechtliche Perfection des Kaufes heißt: durch dies imaginäre aes dare und accipere bekunden Erwerber und Veräußerer, daß [einerseits es mit der Preiszahlung seine Richtigkeit hat: „Valuta erhalten"[5]) (das ist dann später durchlöchert); und anderseits] das Eigenthum

5) Diesen früheren Standpunkt bezeichne ich mit den Worten S. 194: „juristische Perfection des materiellen Kaufgeschäfts, als einen Act der die juristische Quelle und der Entstehungsmoment der einzelnen Kaufeswirkungen (Eigenthumsübertragung, Klage wegen Gewähr) sein wollte, aber diese Wirkung dann auch als bloße Perfection des materiellen Geschäfts nur haben konnte, wenn der Kauf materiell durch die Preis-Zahlung oder -Creditirung seine Erledigung gefunden hatte".

Digitized by Google

II.

23 an der Sache [anfangs auch der Beſitz — das iſt dann ebenfalls durchlöchert worden] auf den Erwerber herüberfließt. „Die Mancipation hat nach der käuferiſchen Seite hin in Betreff der Preiszahlung (oder Creditirung) das Moment, daß ſie juriſtiſche Perfection des materiellen Actes iſt, ſtets feſtgehalten, es iſt immer dabei geblieben, daß das imaginäre aes dare für den Käufer der eigentliche Entſtehungsgrund des Eigenthums an der gekauften Sache iſt (alſo wirkliches Preiszahlen hat dieſe Kraft nicht), daß aber andererſeits jene juriſtiſche Quelle des Eigenthumserwerbes ihre Kraft nur haben kann auf Grundlage der factiſchen Wirklichkeit, welche ſie juriſtiſch vollendet (alſo ohne wirkliches Preis-Zahlen oder Creditiren hat ſie dieſe Kraft nicht“) (195).

Sieht man hiernach ab von dem, was an der römiſchen Mancipation allmälig durchlöchert worden iſt, ſo bleibt übrig: ſie war die civilrechtliche Eigenthumsübertragung auf Grund der Kaufes-causa, oder kurz: kaufmäßiger Eigenthumsantritt unter ſtillſchweigender Connivenz des Mancipanten. Und in dieſer Geſtalt hat die emptio quae mancipii est im römiſchen Rechtsleben, dem das abſterbende uralte Inſtitut der in iure cessio unbequem [6]) war (Gai. II 25), eine außerordentliche Bedeutung gehabt. In dieſer Geſtalt iſt ſie aber etwas völlig Anderes, als man nach jenen Anſichten, gegen die ich meine Schrift gerichtet habe, annahm, wonach man in ihr eine ohne Kaufescausa verwendbare Eigenthumsübertragung ſuchte.

6) Man muß bedenken, daß die Unbequemlichkeit [Gai. II 25: fere semper mancipationibus utimur: quod enim ipsi per nos praesentibus amicis agere possumus, hoc non est necesse cum maiore difficultate apud praetorem aut apud praesidem provinciae quaerere] nicht bloß in dem Hingehen zum Prätor lag, ſondern namentlich auch in ihrer Vollziehbarkeit lediglich an einem dies fastus, da das fari „addico“ dabei nöthig war; vgl. §. 16 A. 3 [Festus v. fastis; Varro LL. VI. 29. 30]; §. 33 A. 5.

Digitized by Google

II.

Ich habe hiemit gezeigt, daß die emptio quae mancipii est 23
im römiſchen Rechtsleben ſelbſt ſchon einer allmäligen Umwandlung unterworfen geweſen iſt, ſo daß ſchließlich nur die Bedeutung: civilrechtliche kaufmäßige Eigenthumsübertragung (von res mancipi) übrig blieb. Ich gehe nun zum Anfang dieſer römiſch-civilrechtlichen emptio quae mancipii est zurück. Ich datire dieſen von Servius d. h. von dem Beginne der Periode des aes signatum und vom Beſtehen der fünf Servianiſchen Volkszeugen bei der Mancipation. Von da an iſt das charakteriſtiſche Merkmal der römiſch-civilrechtlichen Mancipation, das imaginäre (pretii loco) aes dare, ihr Beſtandtheil. Daß Servius dies Merkmal ihr eingefügt habe, behaupte ich nicht; ich laſſe es dahin geſtellt, da der verwirrende Mythus der vorſerianiſchen römiſchen Zeiten auch nur wahrſcheinliche Behauptungen unmöglich macht[7]). Genug die römiſch-civilrechtliche Mancipation iſt die ein imaginäres aes dare enthaltende, und unterſcheidet ſich damit vollſtändig von der oben beſprochenen altlatiniſchen Mancipation, in der wirklich der Realkauf unter gewiſſe Sollennitäten gebracht war: reelle Sachempfangnahme unter reellem Abwägen

7) Nur als eine Vermuthung mag hier Folgendes ausgeſprochen werden. Die coemptio der Ehefrau war Kauf derſelben (§. 6), war aber gewiß ſchon ſeit lange, bereits in altlatiniſchen Zeiten, eine bloße Rechtsform geworden, die man als ſolche durch das dare von einem oder drei asses ſeitens des Mannes oder auch der Frau [vgl. Danz R. G. I S. 154. 155 Nr. 653—657, und Grimm S. 426 A. *] kennzeichnete. Das kann man dann auf den wirklichen Kauf, die wahre emptio quae mancipii est, übertragen haben, indem man es practiſch zweckmäßig fand, die Weitläuftigkeit des wirklichen Preisabwägens aus der Sollennität ſelbſt auszuſcheiden und alſo die eigentliche juriſtiſche Perfection des Rechtsactes und Uebertragungswillens in den ſcharf hervortretenden Punkt des dare und accipere des rauduſculum pretii loco zu legen. Und dieſe Subſtituirung des dare des rauduſculum loco pretii mag erſt auf ſpecifiſch römiſchem Boden vor ſich gegangen ſein.

Digitized by Google

II.
23 und Hingeben des aes rude. Ich weise auf diese altlatinische Mancipation ausdrücklich in den Worten hin (130): „Es ist schon anderweit bemerkt worden, daß der Mancipation in der Gestalt, wie sie in unseren Quellen uns entgegentritt, eine Zeit vorausgegangen sein werde, wo das Verkaufen wichtiger Sachen (vielleicht schon nach der Volkssitte mit gewissen Sollennitäten verbunden, die man später zu juristischen Formen machte) in einem Acte geschah, der das wirkliche Abwägen des reellen Kaufgeldes in sich schloß." Jedenfalls sind die (altlatinische) mancipatio der vorhistorischen Zeit (reelles Sachnehmen gegen reelles Abwägen des aes rude) und die civilrechtliche Mancipation mit imaginärem aes dare (zur Zeit des aes signatum und aes grave) juristisch ganz verschiedene Dinge. Jene ist das ganze (concrete) Kaufgeschäft; diese dagegen ist nicht das ganze Kaufgeschäft, indem das wirkliche Preiszahlen außerhalb liegt, und sie sich in dem besonderen Punkte zuspitzt, daß sie im Geben und Nehmen des aes die specifisch-civilrechtlich formirte Aeußerung des animus transferendi und accipiendi dominii darstellt.

Indem ich meine Schrift gerade gegen die Auffassungen der Mancipation als eines „Kunstproductes" richtete, und ausführte, daß die römisch-civilrechtliche Mancipation sich in „natürlicher" Weise aus dem Realkauf entwickelt habe, glaubte ich allerdings, ich mögte sagen, zwischen allen Zeilen ausgesprochen zu haben, daß ein solches Institut, wie ich es als römisch-civilrechtliches nachwies, absolut undenkbar sei ohne die Annahme, es müsse ihr eine lange Periode jener altlatinischen Gestalt vorausgegangen sein. Ich unterließ es aber damals absichtlich diesen Schlußsatz zu formuliren, weil ich der weitgreifenden Darstellung der vorhistorischen Zeiten, die ich mir für dieses vierte Heft reservirte, nichts vorweg nehmen wollte [8]).

8) Man gestatte mir hier eine persönliche Bemerkung. Ich hatte im

Digitized by Google

§. 24. — β) Die emptio quae mancipii est bildet eine 24
Uebergangsperiode. Es lag in ihr, im Gegensatz zum altlatinischen sollennisirten Realkauf, nach Durchlöcherung der auf letzteren noch direct hinweisenden Momente, der civilrechtliche kaufmäßige Eigenthumstransmanationsact. Da eine derartige Uebergangsbildung als in dieser Weise neu entstanden gar nicht denkbar ist, so gewährt sie den Beweis des Vorhergehens jenes früheren Zustandes. Die „Reconstruction" des letzteren hat in anerkennenswerther Weise neuerdings Bechmann (vgl. Kauf I S. 156) durchgeführt. Auf das genauere Detail seiner Ausführung, die ich nicht in aller Weise billige, kann ich nach dem Zweck dieser Schrift nicht weiter eingehen.

Der Uebergangscharakter der emptio quae mancipii est

3ten Heft dieser Studien (S. 268 A. 4) bereits den, meiner Ansicht nach entscheidenden, Hauptpunkt ausgesprochen, daß die römische Vindication aio rem meam esse in Betreff transportabeler Sachen und die deutsche Anefangsklage für bewegliche Sachen durchaus gleichartig construirte Rechtsgestaltungen seien. Darin lag, daß sie nothwendig in dem indogermanischen Urvolk als der gemeinsamen Quelle zusammentreffen müssen. Ehe ich aber die für dieses vierte Heft intendirte Gesammtdarstellung der ursprünglichen juristischen Anschauungen dieses Urvolks und ihres Fortlebens in unseren neueren Völkern unternahm, mußte ich durchaus erst die Verwendung der Formel: aio rem meam esse in der Mancipation genauer darlegen und die, mir völlig widerstrebenden, damals herrschenden Ansichten über die Mancipation hinwegräumen. Ich dachte damals (1865), daß ich dieses vierte Heft sehr bald folgen lassen werde. Hätte ich geahnt, daß dasselbe statt 1867 erst 1877 erscheinen werde, so würde ich allerdings einige Sätze in meiner Schrift über die Mancipation anders gefaßt haben, um Mißverständnisse zu vermeiden. Uebrigens bin ich bei der eigenthümlichen Sachlage, — daß ich einen großen Complex von den herrschenden zuwiderlaufenden, genau in einander greifenden Ansichten in ihrer quellenmäßigen Fundirung doch erst in langer Reihe der Jahre zu Tage fördern kann — auf Mißverständnisse als auf ein unvermeidliches Uebel von vorn herein gefaßt gewesen.

Digitized by Google

II.
24 zeigt sich nach der anderen Seite hin darin, daß hier sich eine weitgehende Verwendung der Mancipation angeknüpft hat, bei der die Basis eines wirklichen Kaufs ganz verlassen worden ist. Es kam mir in meiner Schrift über die Mancipation ganz besonders darauf an, gegenüber der gegnerischen Auffassung der M. als einer ohne Rücksicht auf die Kaufes-causa construirten künstlichen Eigenthumsübertragungsform nachzuweisen, daß auch für diese zweite Gestaltung der römisch-civilrechtlichen Mancipation der Bau ganz derselbe geblieben sei, wie bei der ersten. Nur daß, was dort wirklich ist, hier als simulirt auftritt. Es wurden bei der emptio quae mancipii est zwei Preise geleistet: der wirkliche Kaufpreis und das imaginäre (pretii loco gegebene) aes, — ebenso in der fortgebildeten römischen Mancipation auf Grund eines simulirten Kaufs: der simulirte Preis (der nummus unus, der Sesterz, ein Silberstückchen), und dann im Mancipationsacte selbst in alter unveränderter Weise der Erzas.

Die Verwendung dieser civilrechtlichen Uebertragungsform ist eine außerordentlich weitgreifende geworden, sie hat bei der Unbequemlichkeit der in iure cessio eine tiefe Lücke im römischen Rechte ausgefüllt [1]).

Die negative Bedeutung dieser Rechtsgestaltung war die: man wollte „einen abstracten von wirklicher materieller causa abgelösten Uebertragungsmodus haben" (166). „Wurde in Gegenwart der Zeugen der sestertius nummus unus gegeben, so war es sicher, daß die Parteien keinen wirklichen Kauf intendirten; es war damit ausgesprochen, daß nun auf Preis-Zahlung und -Creditirung nicht Rücksicht zu nehmen war, und daß alle weiteren Fragen über utilitas des Mancipanten ein für den

1) Weitergehend haben sich daran dann noch wieder venditiones nummo uno ohne Mancipation geknüpft (163—167).

Eigenthumsübergang gleichgültiges Ding sein sollten" (174). Damit steht „die mancipatio mit venditio nummo uno völlig auf der civilis ratio einer allgemeinen juristischen Uebertragungsform gleichartig der in iure cessio" (175). „Weil das simulirte Kaufgeschäft als Kauf substanzlos, und dies simulirte Geschäft [rücksichtlich der Rechtsübertragung] durch die mancipatio perfect geworden war, so kann aus der mancipatio nicht entstehen, was die materielle Kaufsubstanz voraussetzt; z. B. die Evictionsklage ist ipsa iuris ratione dem Sacherwerber gar nicht erwachsen" (196).

Die andere positive Frage ist die, welcher „anderweite Wille hinter dem simulirten Geschäft versteckt liegt" (164)? Man ließ sich in der Zulassung solcher simulirter venditiones (wie denn auch weiter bei denen ohne Mancipation) „wie so oft vom Bedürfniß treiben" (164). Ich habe gezeigt, daß die Ansicht nicht richtig sei, „es habe ein mancipio accipere nummo uno nur bei Schenkungen und ähnlichen Liberalitätsgründen, nicht aber bei Mancipationen dotis, permutationis, transactionis etc. causa stattgefunden, — daß vielmehr eine venditio nummo uno in allen Fällen, wo nicht ein wirklicher Kauf vorlag, der Mancipation zum Grunde gelegt werden mußte" (170). Hiernach kann es keinen Zweifel leiden, daß wenn allerdings zunächst ein wirklicher Kauf vorlag, aber ein vollbegründetes rechtliches Interesse bestand die vorzunehmende Mancipation davon zu trennen und für den Veräußerer die Verpflichtungen nicht entstehen zu lassen, welche „die materielle Kaufsubstanz voraussetzte" — also in einem Fall, wo, bei vorliegendem Kauf, es nach berechtigtem Parteiwillen für die Mancipation so angesehen werden soll, als wenn kein Kauf vorläge, — dies durch die Mancipation mit venditio nummo uno vollständig herstellbar war. Ich habe es daher als die schönste

Digitized by Google

II.

24 Bestätigung meiner aufgestellten Ansicht begrüßt, als zwei Jahre nach dem Erscheinen meiner Schrift in einer mancipatio fiduciae causa gerade ein derartiger Fall [der freilich zunächst mehrfach wunderlich mißverstanden wurde] uns bekannt geworden ist[2]). —

Schließlich noch eine Frage, die sich lediglich auf die Formelfassung der mancipatio bezieht. Sachliche Bedeutung hat sie für mich gar nicht, denn ich behaupte ja gerade für die emptio quae mancipii est, daß diese ganz auf dem Boden eines wirklichen Kaufgeschäftes ruht, also die der mancipatio vorausgängige (ausnahmsweise auch die nachfolgende) Preiszahlung oder -Creditirung voraussetzt, um den Eigenthumsübergang zu bewirken. Daß man also sagte: mancipio accepi oder dedi denariis CCV (der wirkliche Kaufpreis), ist danach selbstverständlich (§. 23 A. 3). Aber sprach der mancipio Kaufende in der Formel diesen wirklichen Kaufpreis mit aus? Sagte er also z. B.: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus est denariis CCV hoc aere aeneaque libra? Ich glaube dies, trotz Allem was gegen mich gesagt worden ist, an sich noch jetzt nicht, wenn ich auch eine gewisse Concession machen zu dürfen für möglich halte. Möglich, daß in der späteren Zeit, wo das Verständniß der alten Formel geschwunden war und man: mihi emptus est im Sinn von mercari verstand (§. 23 A. 4), — man den wirklichen Preis mit sagte; sachlich liegt ja gar kein Gegengrund vor. Möglich (aber mir darum noch nicht glaublich), daß die Stelle des Paulus Vat. fr. §. 50 aus dieser späteren Abschwächung des Formel-Verständ-

2) Bruns font. p. 180: si ea pecunia . . soluta non esset, tum uti eum fundum eaque mancipia . . pecunia praesenti venderet, mancipio pluris HS n(ummo) I invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, cet.

Digitized by Google

niſſes zu erklären ſei. Aber nach dem früheren Sinn der 24
Formel hat die Aufnahme des wirklichen Preiſes in dieſelbe gar keinen Nutzen; ſie paßt nicht in die Situation und ſie macht die Formel unklar: „ich ſage hiemit (vor Euch Zeugen und dem Verkäufer) daß ich Eigenthümer dieſer Sache bin und zwar iſt ſie mir manucapirt (ſ. §. 23 A. 4 — alſo wohlerworben) mit dieſem Erz und Erzwage". Das Hingeben und ſtillſchweigende Empfangen des aes, pretii loco, iſt nach dieſen Worten ein beiderſeitiger Willensact; es iſt der Ausdruck des animus transferendi et accipiendi dominii. Wie kann denn der Erwerber ſagen: ich manucapire ſie mir hiemit für die (in dieſem Momente nicht überreichten) 205 Denare? Es kommt auf den animus transferendi et accipiendi dominii jetzt in dieſem Augenblick des unter Eigenthumsbehauptung Gebens und unter Stillſchweigen Empfangens des pretii loco ſtehenden aes an. Was hat hiemit der wirkliche Kaufpreis zu thun?

§. 25. — 2) Ich ſtehe nunmehr am Schluß dieſer langen 25
Entwicklung. Mein Zweck war: alle römiſchen Ausſprüche über die naturalis ratio in Betreff der Ehe, Fortpflanzung und Verwandtſchaft, der Sklaverei, der urſprünglichſten Vermögensbegründung zum Verſtändniß zu bringen. Um dies zu können, habe ich den Verſuch gemacht, ſelbſtändig in die Urzuſtände, aus denen unſere indogermaniſche Völkerfamilie hervorgegangen iſt, einzudringen, und die Entwicklung der Hauptbegriffe des Rechts von den Urzuſtänden bis in die hiſtoriſchen Zeiten hinein zu verfolgen. Man wird den Verſuch kühn, vielleicht überkühn finden. Mannigfach werde ich auch, wie das bei einem erſten Verſuch nicht anders möglich iſt, geſtrauchelt ſein. Deß aber bin ich ſicher: die Summe von Einzelnheiten, die Jacob Grimm, dieſer tiefe Seher in Dingen des Alterthums, in ſeinen Deutſchen Rechtsalterthümern (1828) in Betreff der Urrechtszuſammen-

Digitized by Google

II.

hänge zwischen den indogermanischen Völkern gesammelt hat, — sie werden in Zukunft in unserer Wissenschaft nicht mehr so unbenutzt bleiben, wie bisher. Es war meiner Ansicht nach nöthig, sie und andere weitere von Grimm nicht gesehene Einzelnheiten mit unseren allgemeinen wissenschaftlichen Anschauungen in dogmatischen Zusammenhang zu bringen, und dazu habe ich hier den Versuch gemacht. Aber es ist nur ein erster Anfang, bei dem sich an allen Punkten das Bedürfniß nach weiterer tieferer Forschung regt. Bei meiner Ueberzeugung von der außerordentlichen Fülle hier noch vor uns liegender Arbeit wäre es mir erwünschter gewesen, gleich in einem umfänglicheren Buche an die Sache heranzutreten. Ich hielt es aber doch für ersprießlicher, in den gegebenen kurzen Zügen gleichsam erst einen Abriß des Ganzen vorzulegen, und zunächst abzuwarten, wo sich Zustimmung, wo Widerspruch erhebt. Je nach der Art des Widerspruches, der ja nicht fehlen wird, kann dann noch weitere Besprechung stattfinden. —

Danach läßt der Zweck dieser Schrift mich hier abbrechen. Ich gehe nicht auf weitere Fragen ein, wie andere wichtige Institute, die im Verlauf der germanisch-italischen Entwicklung des Alterthums hervortreten, Zusammenhänge noch aus früherer Zeit in sich tragen mögen. Ueber den Punkt, ob die römische Stipulation und das indische Halmbrechen zusammenhängen (Grimm S. 604), ist ja schon mehrfach gesprochen worden. Auf ein anderes Institut will ich nur dadurch hindeuten, daß ich aus Curtius 301 die sprachlichen Zusammenhänge (die aus dem Skt. fehlen) angebe: Gr. ἄεθλον, ἀέθλιον Kampfpreis, ἄεθλος Wettkampf, Kampf, ἀεθλεύω wettkämpfe, ἀθλητήρ Wettkämpfer; Lat. va(d)s, vadimonium, vadari, prae(d)s; Goth. vadi Pfand, gavadjôn geloben; Ahd. wetti (pignus, vadimonium); Mhd. wette Pfand, Kampfpreis, Kampfspiel; Alt-

friesl. wītma; Ahd. widamo Frauenkaufpreis; Altfriesl. wed Vertrag, Bürgschaft; Altn. vedhja (pignore certare); Lit. vadóju löse etwas Verpfändetes ein [1]).

1) Mit Recht sagt Curtius: „Wer die drei Grundbedeutungen der hier zusammengestellten europäischen Wörter Wette Pfand Bürgschaft vergleicht, wird den uralten, für die Geschichte der Rechtsanschauungen merkwürdigen Zusammenhang zwischen ihnen nicht verkennen."

Digitized by Google

III.

Die fünf Stoffe.

III.
26 §. 26. Ich habe im Bisherigen, um ein genaues Verständniß des römischen Begriffs von der naturalis ratio zu gewinnen, mich in die urältesten Zeiten, von denen uns überhaupt irgendwelche Kunde zugekommen ist, zurückversetzt. Ich will jetzt, um ein genaues Verständniß des römischen Begriffs von der Aequität zu erlangen, mich ganz entgegengesetzt auf den Boden unserer modernen Gegenwart stellen.

Haben wir dort gesehen, wie unsere Vorvölker erst allmälig und mühsam zur Fixirung einiger weniger Rechtsbegriffe und Rechtsgestaltungen gelangen, die dann schrittweise wachsend und gedeihend der volklichen Gesellschaft steigende Ordnung, Sittigung und Festigkeit zutragen, die das Rechtsgefühl schärfen und läutern, — so wollen wir uns nun vor die ganze unendliche Fülle der heutzutage geltenden Rechtsbestimmungen stellen. Ich will fragen, unter welche Begriffe und Klassen die ganze Rechtswelt, sei sie noch so umfangreich, und gehöre sie dem einen oder dem anderen Volke an, mit Sicherheit zusammenzufassen ist. Es ist aber mein Zweck nur, diese Begriffe und Klassen in kurzen Zügen zu skizziren, und lediglich Einem Begriff, dem der Aequität, mich eingehender zuzuwenden. Wie ich im Anfange dieser Schrift angab, wird nach der heutzutage herr-

Digitized by Google

schenden Auffassung naturalis ratio und Aequität identificirt. 26
Die bisherige Erörterung wird gezeigt haben, daß die naturalis ratio mit der Aequität nichts zu thun hat. Es bleibt mir noch die andere Seite übrig: aus der Eigenartigkeit des Wesens der Aequität zu erweisen, daß die Aequität begrifflich nichts mit der naturalis ratio zu thun hat.

Will man das Wesen der Aequität sich richtig vergegenwärtigen, so muß man zugleich ihre Stellung gegenüber den sonstigen bei juristisch-wissenschaftlicher Thätigkeit zur Verwendung kommenden Momenten scharf abgrenzen. Ich muß danach hier in kurzem Ueberblick alle Elemente zusammenstellen, um in Mitten derselben der Aequität ihren Platz anzuweisen. Die Aufgabe der dogmatischen Analyse ist, jedes Element, das der juristischen Betrachtung sich überhaupt darbietet, nach seinem Schwergewicht zu prüfen und demgemäß ihm seine entsprechende Geltung zuzuweisen. Dieser Aufgabe müssen wir rücksichtlich der Aequität nicht bloß nach der positiven Seite (was ihr zugehört), sondern auch nach der negativen Seite (was ihr nicht zugehört), gerecht werden.

I. Das legale Element. Vor Allem und über Allem steht, daß die Rechtssatzung in ihrem vollsten Gehalte zur Anwendung zu bringen ist. Aber die Zeiten sind längst vorüber, daß man Rechtswissenschaft mit Studium der Gesetze identificirte. Die Producirung eines in lebendiger Action thätigen gesetzgeberischen Willens ist für eine Nation die erste Vorbedingung zur Ersteigung höherer Culturstufen und zur Erhebung ihres Staates in die Sphäre einer einheitlich-geistigen Persönlichkeit. Es ist oben gezeigt worden, daß die Germanen, Italiker und Griechen auf verschiedenen Wegen zu ihrem Gesetzgebungsbegriff: bill, lex, νόμος, gelangt sind. So unendlich wichtig dieses Gesetzgebungselement ist, so wenig aber füllt es andererseits die ganze Aufgabe unseres juristischen Begreifens aus. Es ist das

Digitized by Google

III.

26 Verdienſt der hiſtoriſchen Schule, neben dem Geſetz dem Herkommen oder Gewohnheitsrecht wieder den richtigen, und zwar primären, Platz in der Frage von der Bildung und Entwicklung des Rechtes in einem Volke vindicirt zu haben. Das iſt jetzt wiſſenſchaftliches Gemeingut geworden, ich habe nicht nöthig, dabei hier länger zu verweilen. Den Begriff des Herkommens (évas) hat, wie ich oben entwickelt habe, ſchon das indogermaniſche Urvolk gehabt.

Gewohnheitsrecht und Geſetz in ihrer Zuſammenfaſſung nenne ich das „legale" Element im w. S. — Die Rechtswiſſenſchaft hat die Aufgabe, dies in einem Volke beſtehende legale Element nach allen Seiten hin zu durchleuchten und zu klären, und ſein lebendiges ungehemmtes Zurgeltungkommen im Rechtsleben zu vermitteln. Sie hat zu dem Ende die Legitimation jedes Rechtsſatzes, ob er ein wirklich bindender ſei, zu prüfen, ſie hat ſeinen Inhalt zur vollſten Erkenntniß zu bringen.

Aber wiederum ſeit lange iſt man zu dem Bewußtſein gekommen, daß die Rechtswiſſenſchaft, wenn ſie bloß hierauf ihr Augenmerk richten wollte, ihr Ziel nie erreichen könnte. Es liegt noch etwas *hinter* dem legalen Element, das für unſere wiſſenſchaftliche Erkenntniß unentbehrlich iſt. Ehe man nicht zu dieſem Dahinterliegenden durchgedrungen iſt, fehlt alle Sicherheit des Standpunktes. Was iſt dieſes?

II. *Das logiſche Element.* Nach einer heutzutage mehrfach gebilligten Auffaſſungsweiſe ſind die Rechtsinſtitute einheitlich in ſich abgeſchloſſene Weſen, die man auf ihren Grundbegriff zurückführen und von dieſem aus bis in ihre Einzelnheiten (wofern nicht abſonderliche Willkürlichkeiten der Rechtsſatzung hemmend dazwiſchen treten) logiſch aufbauen kann. Man gründet dann meiſt die ganze Operation auf die „Natur der Sache", und vindicirt dem gewonnenen Reſultat auch noch vielfach dadurch ſelbſtändige

Digitized by Google

Rechtsgültigkeit, daß man die „Natur der Sache" für eine eigene 26
Rechtsquelle erklärt.

1) Sieht man nun aber genauer zu, welche einzelnen Elemente bei dieſem logiſchen Aufbau des Rechtsinſtituts verwendet werden, ſo erkennt man die verſchiedenſten: naturalis und civilis ratio, Utilität, voluntares Element und Aequität. Man ſieht auch alsbald, daß dieſe einzelnen Momente gar nicht lediglich dem betreffenden ſpeciellen Rechtsinſtitute angehören (alſo durchaus nicht aus dem eigenen Weſen gerade dieſes Inſtitutes entſpringen), ſondern in mannigfaltigſter Verzweigung durch die verſchiedenſten Inſtitute ſich hindurchziehen. Ueberhaupt aber ergiebt ſich bei genauerer Betrachtung, daß die einzelnen Inſtitute unter einander gar nicht mit ſcharfen Grenzen abgeſchloſſen ſind. Es ziehen ſich aus ihnen die Fäden in vielgeſtaltigſter Verſchlingung in andere Inſtitute herüber, und dies Herüber- und Hinübergehen der Fäden iſt nicht ſo zu denken, als wenn es immer Eigenfäden je des einen und anderen Inſtituts wären, die nur weiter über ihre urſprünglichen Grenzen hinausreichen; ſondern es ſind zum größten Theil Sätze der naturalis ratio, der Utilität, der Aequität u. ſ. w., die, durch eine Menge von Inſtituten verzweigt, in ſich ſelbſt gar kein ſelbſtändiges Inſtitut ausmachen. Wie kann man denn alſo aus dem eigenartigen Begriff des Inſtituts daſſelbe lediglich durch die logiſche Operation der Conſequenzziehung aufbauen? Es liegt hier eine ähnliche Verwechſelung vor, wie ſie in der Naturforſchung in Betreff der Racenabgrenzung eine ſo große Rolle geſpielt hat. Man hat gewähnt, die Racen genau von einander ſcheiden zu können, und doch iſt es nie gelungen, die Grenzen wirklich zu ziehen.

Damit ſoll aber durchaus nicht geſagt ſein, daß man in der Aufſtellung und Ordnung der Rechtsinſtitute [gerade wie mit der Unterſcheidung der Racen] etwas wiſſenſchaftlich Unrichtiges thäte. Unter der Vorausſetzung, daß man nicht jedem eigenartiges Blut

Digitized by Google

III.

26 zuſchreibt, iſt die Klaſſification in Inſtitute der Rechtswiſſenſchaft von unerläßlichem Werth. Auch das iſt nöthig, daß man bei dem einzelnen Inſtitute, ſo wie es gegenwärtig unter uns lebt und wirkt, den eigenthümlich treibenden, prävalirenden Grundgedanken aufſuche, aus dem, wo nicht beſondere Punkte eine abgeſonderte Behandlung rechtfertigen, alle einzelnen Momente des Inſtituts in Bewegung und Verwendung zu bringen ſind. Nennen wir dieſen Grundgedanken die: „Summe" des Inſtituts. In ſolcher „Summe" haben wir den Kern der practiſchen Bedeutung, die dem Inſtitut in einer beſtimmten Gegenwart des Rechts zuſteht. Die Jetztzeit hat vollen Anſpruch darauf, daß die „Summen", zu denen ſich die Rechtsinſtitute als practiſche Weſen oft erſt in langem Ringen emporgearbeitet haben, zur Entfaltung ihres ganzen Inhalts gebracht werden.

2) Aber die Rechtsinſtitute ſind nicht bloß practiſche, ſie ſind auch hiſtoriſche Weſen. Nehmen wir zwei im Bisherigen ſchon beſprochene Punkte als Beiſpiele. — Die Eigenthumsübertragung gehört als Real-Tauſch oder -Kauf (internationaler wie binnengenoſſenſchaftlicher) ſchon dem indogermaniſchen Urvolk an. Das Geſchäft hält ſich durch die eigene reale Schwerkraft des Geleiſtetſeins Zug um Zug und durch den Selbſtſchutz der Beſitzer; iusta causa und Leiſtung ſind noch ungetrennt. Im italiſchen Völkerſtrange gehen, — während im germaniſchen iusta causa und Eigenthumsleiſtung ganz andere Wege einſchlagen, — die Begriffe ſo weiter, daß die in iure cessio ſich in Abtrennung von aller causa formirt; daß für die wichtigen Sachen die Mancipation zunächſt den ſollennen Realkauf darſtellt, dann durch die Umgeſtaltung zum imaginären aes dare eine kaufmäßige Eigenthumsübertragungsform wird und endlich ſich durch Simulirung der Kaufes-causa zur allgemeinen cauſaloſen Eigenthumsübertragungsform ähnlich der in iure cessio geſtaltet; daß für die übrigen Uebertragungen, in deren Gebiet

ja auch von jeher der Realkauf vorkam, der Mancipation parallel 26
ſich die Eigenthumstradition auf Grund der „eſſentiellen" Kaufes-
causa, von den ſonſtigen Eigenthumsübertragungen auf Grund
„declarativer" causae ſchied. Aber durch dieſe Scheidung iſt
mit Nothwendigkeit der Weg gewieſen, auf dem das Rechtsleben
weitertreiben muß. Sind die anderen causae nur noch declara-
tiv, ſo iſt gar kein Grund, — je mehr ſich das Volk daran ge-
wöhnt, die Eigenthumsübertragung, unter dem Schutze unſeres
nach allen Seiten conſolidirten Rechtsorganismus, mit der form-
loſen Conſtatirung des animus transferendi et accipiendi do-
minii als erledigt zu betrachten, — daß nun noch der „eſſentielle"
Zuſammenhang der kaufmäßigen Eigenthumsübertragung mit der
causa feſtgehalten werde. Es geht hier alſo im Rechtsleben die
Entwicklung vor ſich, daß ſich für die Eigenthumsübertragung die
„Summe" herausarbeitet: es ſei lediglich Sachleiſtung unter ani-
mus transferendi et accipiendi dominii nöthig. Was dem ent-
gegenſteht, erſcheint dann als ſtörende oder nur aus ſpeciellen Grün-
den zu rechtfertigende Beſonderheit. — Damit haben wir für die
Gegenwart unſeres Rechtes eine neue „Summe"; vollberechtigt für
die Jetztzeit, aber doch nicht mit logiſcher Nothwendigkeit aus der
„Natur der Sache" der Eigenthumstradition deducirbar. Wir
haben in dieſer „Summe" ein von dem „Princip", aus dem die
Entwicklung in continuirlicher Reihenfolge hervorgegangen iſt, näm-
lich von dem Realkauf, gleich Nacht und Tag geſchiedenes Reſultat.

Aufgabe der dogmatiſchen Analyſe iſt hier, „Princip" und
„Summe" genau zu trennen, Beides aber nicht dadurch verwirren
zu laſſen, daß man eine in der „Natur der Sache" liegende Noth-
wendigkeit ſich einbildet, die durch den Blick auf den Entwick-
lungsgang, den dieſe ſelben Fragen im germaniſchen Rechte ge-
nommen haben, alsbald widerlegt werden würde.

§. 27. — 3) Nehmen wir als zweites Beiſpiel das ganze 27
Eigenthumsinſtitut. Ich habe oben gezeigt, daß die Sprache

III.

27 uns, als das im indogermanischen Urvolk schon zur Gestaltung Gelangte, lediglich das Privateigenthum an beweglichen Sachen nachweist. Den Grund und Boden, den die Völker erst mit der „Erfindung" seßhafter Lebensweise als Gegenstand des Eigenthums zu betrachten anfangen, hat man sich anfangs, als von der Symmachie des Gemeinen Wesens erworben und geschützt, lediglich im Volksgesammteigenthum stehend gedacht. Diese Anschauung tritt denn auch seit dem Völkereinzuge als der älteste Rechtsstandpunkt hervor. Im Germanischen ist daraus die Markgenossenschaft, im Italischen die um eine arx vereinigte Gaugenossenschaft hervorgegangen. Aber damit scheiden sich denn auch die Wege beider Völker. Im Germanischen ist gar keine volle juristische Vereinigung der fahrenden Habe und des Grundeigen unter einen einheitlichen Eigenthumsbegriff eingetreten. Bei den Italikern hat sich die merkwürdige Herüberziehung des „Zähmungsverhältnisses" auf das heredium vollzogen; es ist der Schutz des heredium mit in den Kreis der allmälig unter strictnationale Rechtsordnung gestellten Vindictenklage: aio rem meam esse aufgenommen worden, und damit die eigenthümlich italische Verschmelzung des Eigenthumsbegriffs für bewegliche wie unbewegliche Sachen durchgeführt. Ebenso hat dann der italische juristische Generalisirungssinn auch auf dem entgegengesetzten Gebiet verfahren. Der (noch völlig mit dem Sinn der rechtlichen Herrschaft identificirte) Begriff der factischen Herrschaft („Handmacht" = manus, munt) hat sich ganz zu Rechtsbegriffen fixirt; aber im italischen Volk hat sich, vom Verhältniß zum Grund und Boden hergenommen, ein vom „dominium" am heredium getrennter Rechtsbegriff entwickelt. Der im Eigenthum der Gesammtheit stehende Acker wurde den Genossen zur Einzelbesitzoccupation eröffnet, der Schutz dieser „possessio" stand unter dem (Interdicten-) Schutz des mit der „potestas" über das Gemeinwesen bekleideten rex. So gewöhn-

Digitized by Google

ten sich die Italiker an die juristische Scheidung von Eigenthum 27
und Besitz am Grund und Boden (separata possessio a proprietate), und, als in der zweiten altlatinischen Periode ein großer Theil der Aecker nach dem „numerus duodenarius" zu „dominium" assignirt wurde, fand man auch, — für diese nun unter die Vindictenklage aio rem meam esse tretenden Grundstücke, und ebenso für's alte heredium, — das Nebeneinanderstehen von Vindictenrechtsschutz auf Grund des ius, und von Interdictenschutz auf Grund der Aufrechthaltung der possessio durch magistratische potestas, brauchbar und den Lebensverhältnissen entsprechend. Italischer oder specifisch-römischer juristischer Generalisirungssinn hat dann endlich dahin geführt, den Begriff und Rechtsschutz der a proprietate separirten possessio auch auf bewegliche Sachen zu übertragen. Das Gezwungene dieser Uebertragung hat die mit bewunderungswürdiger Feinheit von den römischen Juristen durchgeführte allgemeine Theorie von Erwerb, Verlust und Tragweite dieser für bewegliche wie unbewegliche Sachen vom Eigenthum geschiedenen Besitzlehre wohl zuzudecken, aber doch nicht auszulöschen vermogt.

So haben wir denn im römischen Recht und damit, seit dessen Reception im Mittelalter, auch in unserem Recht die Nivellirung des Eigenthumsinstituts und des Besitzinstituts für das ganze Gebiet der körperlichen Sachen vor uns. Aber es ist doch nichts als ein „Sermociniren e vinculis des römischen Rechts", ein Ueberrest jener mittelalterlichen Anschauung, daß das im römischen Recht Stehende die ratio scripta sei, — wenn man meint, diese Nivellirung sei eine durch eine gewisse blinde „Natur der Sache" geforderte Nothwendigkeit. Ein Blick in das, freilich nicht fein ausgearbeitete, aber in seinen Lebenselementen gerade so gesunde germanische Recht beweist uns das Gegentheil. Und ferner ist es Mangel an freier Anschauung rücksichtlich der Entwicklung des Rechts in den

Digitized by Google

III.
27 Völkern und insbesondere in der indogermanischen Völkerfamilie, wenn man den Begriff des Eigenthums sich lediglich nach dem Status construirt, auf dem es sich gegenwärtig bei uns befindet, und wenn man dann diesen gegenwärtigen Status, als einen selbstverständlich aus der „Natur der Sache" sich ergebenden, auch in die Anfangszustände unserer Völker zurückträgt. Es ist das wiederum eine Verwechselung von „Summe" und „Princip". Die „Summe" des Eigenthums wird nach tausend Jahren gewiß nicht mehr dieselbe sein, wie sie heutzutage ist, und jene römische Nivellirung wird in unseren civilisirten Völkern wohl schwerlich immer festgehalten werden. Und blicken wir rückwärts in die schon hinter uns liegenden Jahrtausende, so finden wir eine von unserer heutigen wieder ganz verschiedene „Summe". Es hat eine Zeit gegeben, wo das, was die Römer die (erst aus der Periode der strictnationalen Rechtsgestaltung datirenden) „civilrechtlichen" Eigenthumserwerbsgründe nennen, noch gar nicht existirte. Es hat ferner eine Zeit gegeben, wo das, was wir jetzt als den selbstverständlichen staatlichen Rechtsschutz des Eigenthums durch genau specialisirte in rem actio ansehen, noch gar nicht bestand; wo die Verletzung des Eigenthums in dem allgemeinen Begriff der Privatkränkung aufging, in Folge deren man früher sich selbst sein Recht durch Kampf von den Göttern holte, später durch „Composition" es von einem gewählten menschlichen Richter entscheiden ließ. Und doch gab es schon in allen diesen früheren Stadien der Entwicklung Privateigenthum. Was ist denn dies, alle diese Stadien in historischer Continuität durchziehende, „Wesen" des Eigenthums? Die Römer haben es in tiefestblickender Weise durchaus richtig erkannt. Es liegt in der „naturalis ratio", und innerhalb dieser in den Thatsachen: Occupation (Fabrication) und Gütertausch. Es sind dies die Thatsachen, in denen der Mensch nach der realen Naturordnung (welche, wie die Ehe, so auch das Eigenthum hervor-

Digitized by Google

ruft) unter realem Nehmen der Sache den Grund des „Wohl- 27
erworbenseins“ (die iusta causa) findet, in Folge deſſen er ſich die „Subſtanz“ der Sache zurechnet und danach denn auch gegen Jedermann ſchützt. Dieſes Weſen des Eigenthums, dieſes Subſtanziiren der Sache, bleibt unverändert daſſelbe, ſo gewaltige Fortſchritte das Eigenthum im allmälig erſtarkenden Staat zu höherer juriſtiſcher Organiſirung macht. Dieſer Grundbegriff (das „Princip“) des Wohlerworbenſeins exiſtirt, indem er ſich auf die naturalis ratio ſtützt, vor dem Recht. Es wird nicht erſt der Rechtsſatz gemacht, und demgemäß dann von den Einzelnen die Sache zu Eigenthum erworben. Umgekehrt: nach der realen Naturordnung organiſirt ſich unter den Menſchen dieſe Art des Sacherwerbes; ſie wird durch langes Einleben in der Sitte geheiligt; es entwickelt ſich auf Grund volklicher Sitte ſchließlich ein ſo kräftiges Geſammtrechtsbewußtſein, daß die Geſammtheit anfängt den Schutz dieſes Verhältniſſes, der zunächſt im realiſirten Innehaben und in der Eigenkraft der Individuen beſteht, unter die Geſammtkraft des gemeinen Weſens zu nehmen. — Danach trägt das Eigenthum in der Geſammtheit ſeiner naturales und civiles acquisitiones, die ſchließlich für die practiſche Verwendung vom modernen Geſetz ganz gleichmäßig wie uniformirte Soldaten in Reihe und Glied geſtellt werden, — das „Bild ſeiner geſchichtlichen Entwicklung“ in ſich. Und ebendeßhalb iſt für das Verſtändniß des Eigenthums, das ja aus ſeiner gegenwärtigen „Summe“ gar nicht geſchöpft werden kann, gerade dieſe Claſſification der acquisitiones dominii in die naturales und civiles [1]), allen übrigen für den practiſchen Handgebrauch zurechtgelegten Claſſificationen gegenüber, die wiſſenſchaftlich unvergleichlich wichtigſte [2]).

1) Dieſe Studien III. S. 60 ff.

2) Arndts P. §. 130 A. 4 hat meinen Satz, daß das „Princip“ des Eigenthums das durch occupirende, ſpecificirende und gütertauſchende

Digitized by Google

III.
28 §. 28. 4) Die Auffassung, daß man durch Aufstellung des Begriffs mittelst logischer Schlußfolgerungen ein Rechtsinstitut, als aus seiner eigenen „Natur der Sache", zu unmittelbar practischer Geltung aufzubauen vermöge, würde sich gar nicht haben bilden können, wenn wir nicht das durchgebildete römische Recht als practisch bindendes vor uns hätten. Die römischen Juristen haben mit unvergleichlicher Sorgfalt, Feinheit und Schärfe ihre Institute bis in das specielste Detail hinein ausgearbeitet. Ihre theoretischen Arbeiten haben schon in der classischen Zeit eine gewisse formell bindende Bedeutung gehabt, sind dann von Justinian im Corpus Juris zu fixirtem Bestande gebracht, und haben in Folge der Reception auch bei uns formelle Rechtsgeltung bekommen. So kann man, wenn man einem Institute das unterlegt, was den römischen Juristen gerade abgeht, die theoretisch begriffsmäßige Formulirung, wenn man dann das in dieser begriffsmäßigen Formulirung zusammengeordnete Material in seinem Detail mit den Aussprüchen der Pandektenjuristen belegt, den bis zur Selbsttäuschung gesteigerten Schein hervorrufen, man habe das Institut aus seiner eigenen „Natur der Sache" heraus gemacht, das (wegen der Geltung des Corpus Juris, und nebenbei auch wegen der von Manchen der „Natur der Sache" beigelegten

---

Arbeit hergestellte Wohlerworbensein und also „Substanziiren" der Sache sei, eine „Redefigur" genannt. Aber mit Redefiguren kann man den Sinn, und zwar auch gerade den richtigen Sinn aussprechen. — Arndts sagt: „Durch solche Redefiguren wird das Wesen des Eigenthums wohl kaum zu besserem Verständniß gebracht; man muß doch zurückgehen auf den ursprünglichen (?) und Grundbegriff des Eigenthums als einer eigentlich schrankenlosen rechtlichen Herrschaft über die Sache, die jedoch bestimmte Einschränkungen erleiden kann." Also Arndts hält mir die gegenwärtige „Summe" des Eigenthums, die ich ja in der bestimmtesten Weise selbst anerkenne, entgegen; während ich meinerseits vom „Princip" des Eigenthums, auf das Arndts sich gar nicht einläßt, rede. Die Arndts'sche Bemerkung trifft mich demnach gar nicht.

Digitized by Google

Rechtsquellenqualität) auf unmittelbar praktische Geltung An- 28
spruch habe.

Und doch ist das Alles nur Schein und Täuschung. Logische Kategorien haben als solche niemals einen *materiellen* Gehalt, dieser muß immer erst von Außen in sie hinein gegossen werden. Damit wird ihnen nichts von ihrem Werth genommen. Im Gegentheil je mehr man ganz scharf sich auseinander legt, was der zu verarbeitende materielle Stoff an sich war, und was durch dessen Sichtung und Zusammenordnung, durch Scheidung des Ungleichartigen und Combination des Gleichartigen, durch Classificirung und Systematisirung des Ganzen dem Rechte gewonnen wird, — um so mehr wächst das Staunen über die ungeheuere Macht, welche die formale Gedankenkraft über die reine Materie als solche ausübt. Und der Beweis von den Fortschritten, die auf diesem Wege das Recht der Menschheit macht, liegt äußerlich zu Tage in den immer neuen Stufen, die die Völker in codificirender Thätigkeit ersteigen. Was in einer Codification vorzugsweise als neuer Niederschlag zu dem alten Material hinzutritt und damit auch die formelle Kraft bindenden Rechtes gewinnt, es ist überwiegend das Ergebniß der logisch-sichtenden, scheidenden und combinirenden, Lücken aufsuchenden und genauer definirenden Gedankenthätigkeit einer längereren oder kürzeren Periode, die freilich nie aus dem Nichts der „Natur der Sache" ein Institut zu unmittelbar practischer Geltung aufbauen kann, aber im Durcharbeiten des schon bestehenden Rechtsmaterials immer neue Massen neuen Stoffes dem Gesetzgeber zur Gewährung seiner Sanction unterbreitet. Und wo der Gesetzgeber seiner Aufgabe nicht nachkommt, da hilft das Gewohnheitsrecht mit seiner wenn auch langsamer operirenden Autorisirung anfangs schwankender Uebungen.

Also: die logisch-begriffsmäßige Construction schafft nie den Stoff, oder ist nie selbst Stoff; sie ist formale Thätigkeit mit

Digitized by Google

III.

28 gegebenem materiellem Stoff. Und doch kann dieſer materielle Stoff nicht bloß die in jenem legalen Element gegebene Satzung ſein.

Es wiederholt ſich alſo die Frage: was iſt die hinter dem legalen Element liegende Materie oder der Stoff des Rechtes?

29 §. 29. — III. **Die fünf Stoffe oder das hypoſtatiſche Element.** Im Anfange dieſer Schrift gab ich an, daß Savigny das Verdienſt zukommt, den Begriff von „Stoff" oder „Materie" des Rechts aufgeſtellt zu haben. Aber Savigny nimmt nur zwei Stoffe an: den einen, den er als mehr zurücktretenden bezeichnet, die Utilität; und den anderen, die von ihm als identiſch behandelte naturalis ratio, Aequität oder Natur der Sache.

Nachdem ich jetzt der Einzelverwendung der naturalis ratio in allen ihren Verzweigungen [bis auf eine; vgl. §. 33 A. 7] nachgegangen bin, und gezeigt habe, daß dieſer Begriff mit der Aequität gar nichts zu thun hat, nachdem ferner nachgewieſen worden, daß der „Natur der Sache", abgeſehen von dem wohlberechtigten römiſchen Begriff der natura rerum oder rei, keine ſelbſtändige Bedeutung innewohnt, — ſind wir in den Stand geſetzt, die wirklichen Rechtsſtoffe zu conſtatiren. Es ſind ihrer nicht zwei, ſondern fünf. Der naturalis ratio ſteht zunächſt das noch größere Gebiet der civilis ratio gegenüber. Beiden zuſammen ſtellt ſich ein Gebiet entgegen, das Savigny zu eng bloß als Utilität charakteriſirt; es gehören dahin noch die verwandten Begriffe von Opportunität, Symmetrie und Singularität. Dieſe drei zuſammen, naturalis, civilis und utilitatis (u. ſ. w.) ratio, ſind objectiv über dem Individuum ſtehende Stoffe; der erſte das nach der realen Naturordnung Beſtehende; der zweite das im Bürgerthum und der nationalen Gemeinſchaft Gegebene; der dritte das auch immer vom Ganzen zu berückſichtigende Zweckmäßigkeitselement in Betreff der vorliegenden concreten Zuſtände. Dieſen dreien ſteht als vierter Stoff die Ge-

Digitized by Google

staltungskraft des Individuums, des Menschen, als eine immer 29
neu sprudelnde Quelle eigenartigen Schaffens und Beliebens gegenüber, und namentlich in den Privatverhältnissen gewährt dies „voluntare Element" eine unerschöpfliche Fülle von „Materie" für das Recht. Haben wir in jenen drei Stoffen etwas über dem Menschen Stehendes, so haben wir im vierten das unmittelbare Product der im Menschen liegenden Spontaneität. Diesem vierten stellt sich endlich der fünfte Stoff gegenüber, die Aequität: dasjenige worin nicht das Spontane oder Concrete der Individuen hervortritt, sondern dasjenige, worin alle Individuen gleich, aequi, sind, was also durch Alle sich als allgemeinmenschliches Element hindurchzieht.

Wir haben also fünf Stoffe: die über den Individuen stehende reale Naturordnung (mit Einschluß der verwandten „rerum natura"), die über den Individuen stehende national-bürgerliche Ordnung, das in individuellen Verhältnissen practischen Lebens nie zu verleugnende Zweckmäßigkeitsbedürfniß, die in dem Individuum liegende concrete Spontaneität, und das die Individuen durchziehende Allgemeingleiche.

Die Rechtssatzung, das legale Element, ist auf das practische Leben der Menschen gerichtet. Daher muß es die in diesem practischen Leben gegebenen fünf Stoffe voraussetzen, und so kann auch die Rechtswissenschaft der Erklärung der Rechtssatzung aus diesen fünf Stoffen nie entbehren. Dies ist denn auch in den einzelnen Fällen während der Jahrtausende, seitdem es überhaupt Rechtsanwendung giebt, stets geübt worden. Aber diese Stoffe in ihrer unendlich mannigfachen Verschlingung stets genau auseinander zu kennen und sie unter den leitenden Gedanken scharf zusammenzufassen, gehört zu den schwierigsten Aufgaben der Rechtswissenschaft. Die sichere Scheidung der Stoffe ist die höchste Leistung der Alles nach seinem richtigen Werth wägenden dogmatischen Analyse. Der einzelne Jurist steht hier beschämt über das

Digitized by Google

III.

29 geringe Maaß ſeiner Kräfte der unermeßlichen Fülle des Rechtsgebiets gegenüber. Er wird inne, daß nur die Geſammtarbeit der Wiſſenſchaft der Aufgabe gerecht werden kann, und daß dieſe Aufgabe der Verarbeitung der Materie des Rechts mit der in Gewohnheitsrecht und Geſetz hervortretenden Rechtsſatzung bei den immerfort entgegendrängenden Neugeſtaltungen des Rechtslebens eine abſolut unerſchöpfliche iſt. —

Noch ein Wort über die von Savigny gewählten Ausdrücke „Materie" oder „Stoff" des Rechts. Sie ſind nicht nach allen Richtungen hin zutreffend; und überdies ſind dieſe beiden Wörter noch in ſo mannigfacher anderweiter Verwendung völlig unentbehrlich, daß ich mir erlaube, fortan für das hier zu Bezeichnende ein anderes bisher noch nicht zu techniſcher Verwendung gelangtes Wort zu gebrauchen. Ὑπόστασις bedeutet: Unterlage, Grundlage, Stoff, Subſtanz, Weſen; ich bezeichne alſo als Hypoſtaſe der Rechtsverhältniſſe die fünf im Folgenden noch einzeln zu betrachtenden Punkte: die reale Naturordnung, die nationalbürgerliche Ordnung, das Zweckmäßigkeitsbedürfniß, das voluntäre Element, und die Aequität. Nachdem der erſte Punkt uns im Bisherigen beſchäftigt hat, ſollen der zweite, dritte und vierte hier nur einer kurzen Charakteriſirung unterworfen werden. Der fünfte bedarf, weil man ihn heutzutage gewöhnlich mit dem erſten identificirt, einer genaueren Darlegung ſeiner eigenartigen Bedeutung.

30 §. 30. — A. **Die naturalis ratio.** Meine „eigenthümliche Theorie von der naturalis ratio" [vgl. Bechmann, Kauf I. S. 67 A. 1] iſt doch wohl ganz genau die der römiſchen Quellen. Die bisherige Darſtellung wird gezeigt haben, daß das Weſen der naturalis ratio ein völlig unerkanntes bleibt, wenn man unter derſelben, wie heutzutage die herrſchende Auffaſſung iſt, „das der menſchlichen Natur eingepflanzte gemeinſame Rechtsbewußtſein", oder „einfach die natürliche Logik" verſteht.

Es bleibt mir, — nachdem ich jetzt entwickelt habe, daß

Digitized by Google

unter naturalis ratio die „reale Naturordnung" zu verſtehen ſei, 30
— noch übrig, dieſen Begriff der naturalis ratio mit dem des ius gentium zuſammenzuhalten. Während der Begriff der naturalis ratio ein dogmatiſch außerordentlich wichtiger iſt, hat der des ius gentium nur geringe dogmatiſche Bedeutung. Dagegen wohnt dem des ius gentium eine ſehr große hiſtoriſche Wichtigkeit inne. Ich ſtelle hier kurz zuſammen, was in dieſer Hinſicht im Bisherigen zerſtreut vorgekommen iſt.

Die Römer haben von dem für das Begreifen unſeres Rechtes ſo wichtigen Verſtändniß des Zuſammenhangs der indogermaniſchen Völkerrechte, dem ich im Obigen nachgegangen bin, natürlich keine Ahnung. Sie haben auch überhaupt bei ihrem Ausdruck: ius gentium das beſtimmte Recht beſtimmter einzelner Völker gar nicht im Auge. In abſichtlich unbeſtimmter Weiſe verſtehen ſie unter ius gentium nur den Gegenſatz der umgebenden und mit ihnen in Berührung kommenden fremden Völker zu ihrem römiſch-nationalen ius (civile). Urſprünglich enthält dieſer Gegenſatz im Alterthum eine reine Negation des Rechts; was draußen, außerhalb des eigenen Staats, iſt, liegt außerhalb des ius. Aber wir haben geſehen, daß, was jenſeit der Rechtsgrenzen lag, darum noch nicht außerhalb des Verkehrs ſtand, und daß ſich über das Innen und das Außen nach den Anſchauungen des Alterthums doch immer das gemeinſame fas erſtreckte. So wie es deßhalb ſchon von jeher Anfänge völkerrechtlicher Beziehungen gegeben hat, ſo haben auch von Urzeiten her, unter dem Schutze des fas und des Götterglaubens ſtehend, internationales commercium, Gaſtrecht, herkömmliche Züge der mercatores, Einrichtungen von mercatus [die in der alten Schreibung merkatus ihr hohes Alter bezeugen; §. 10 A. 7] beſtanden. Daran knüpften ſich allmälig die Anfänge eines gewiſſen menſchlichen Rechtsſchutzes für die Geſchäftsſtreitigkeiten auf dieſen mercatus, daran wieder in Handelsverträgen die juriſtiſche Feſtſtellung der Verfolgbarkeit

Digitized by Google

III.

gewiſſer Geſchäfte [1]), und ſchließlich die gewiſſen fremden Kaufleuten zugeſicherte volle Rechtsgleichheit.

So hat ſich außerhalb der Grenzen das ius (civile) aus der zunächſt nur angenommenen lex divina (fas) auch eine lex humana, ein ius gentium mit (wenn auch zunächſt nur beſchränktem) menſchlichen Rechtsſchutz entwickelt. Im römiſchen praetor peregrinus hat das endlich volle Einbürgerung im römiſchen Rechtskreiſe gefunden, und mit der Ausbreitung der römiſchen Weltmacht, der Einrichtung von Provinzen und von (der Stellung des römiſchen praetor peregrinus nachgebildeten) Provinzialſtatthalterſchaften iſt unter der Hand der römiſchen Magiſtrate in ihren Edicten dies für die Rechtsbeziehungen zwiſchen cives und Nicht-cives zurechtgemachte allgemeingeltende Recht zu einem außerordentlichen Umfange angewachſen. Die Römer haben ſich dabei von der Entwicklung ihrer Machtſphäre und von dadurch hervorgerufenen Bedürfniſſen, — hier von der nationalen Schärfe ihres Civilrechts Manches abſtreifend, dort fremdes ihnen paſſend erſcheinendes Recht adoptirend, — leiten laſſen.

Damit haben die Römer ein ihrer Weltmacht parallel gehendes allgemein brauchbares Weltrecht geſchaffen, und dieſe Qualität ihres Rechts, verbunden mit ſeiner unvergleichlich alles andere überragenden wiſſenſchaftlichen Ausbildung [2]), hat demſelben im Mittelalter einen neuen geiſtigen Eroberungszug durch die modernen Völker eröffnet. Das römiſche Recht iſt hier in beſonders wirkſamer Weiſe der Träger eines allgemeinen in der Entwicklung des Rechtes in der Menſchheit hervortretenden Zuges geworden, eines Zuges der gleichartig auch in

1) Einen wichtigen derartigen Punkt erwähnt im römiſchen Handelsdarlehn (mutuum) Mommſen R. G. S. 155. 200.

2) Verbunden aber auch mit dem damaligen Uebergewicht der deutſchen Volkskraft und des deutſchen Kaiſerthums, in dem man die Fortſetzung des Römerthums erblickte.

Digitized by Google

den Sprachen hervortritt. Alle Rechtsbildung geſtaltet ſich ur- 30
ſprünglich particulariſtiſch. Durch ihren Ehrgeiz gewinnen einzelne Stämme und Völker Uebergewicht und Herrſchaft über andere; dann tragen ſie ihr Recht ihnen zu, aber adoptiren auch in der Vermiſchung vom Rechte der Beherrſchten. So haben wir in unſeren modernen Zeiten durch den franzöſiſchen Einfluß den Code Napoléon in fremde Länder einführen ſehen, ſo ſehen wir den coloniſirenden Engländer ſein Recht in alle Theile der Erde tragen. Das ſchwächere Recht der alten Einwohner verkümmert allmälig und erſtirbt endlich. Das particulare Rechtselement wird mit der Zeit auf immer kleinere Kreiſe zurückgedrängt, in dieſer Hinſicht iſt das Rechtsweſen einem ſtets weiterſchreitenden Verfall ausgeſetzt. Dagegen das, mit Verallgemeinerung der Cultur immer mächtiger werdende, nivellirende Element gewinnt unausgeſetzt ſich erweiternde Kreiſe. Das Ziel iſt: „die Entwicklung eines poſitiven gemeinen Rechts in der civiliſirten Menſchheit“ [3]).

Ganz gleichartig zeigt ſich der Entwicklungsgang in den Sprachen. „Mit dem Menſchen entwickelte ſich die Sprache [4]), d. h. der lautliche Ausdruck des Denkens. Auch die einfachſte Sprache iſt das Ergebniß eines allmäligen Werdens. Alle höheren Sprachen ſind aus einfacheren hervorgegangen; die zuſammenfügende Sprachform aus der iſolirenden, die flectirende aus der zuſammenfügenden.“ Dem folgt dann in der hiſtoriſchen Periode „der Verfall der Sprache in Laut und Form, wobei zugleich in Function und Satzbau bedeutende Veränderungen ſtatt finden“. „Fort und fort gehen Sprachen unter, wirklich neue aber entſtehen nicht, ſo muß es urſprünglich viel mehr Sprachen gegeben haben, als gegenwärtig.“ Auch in der indogermaniſchen Völker-

3) Vgl. meine Schrift: „Ueber die Entwicklung eines poſitiven gemeinen Rechts in der civiliſirten Menſchheit.“ (Baſel 1846.)

4) Schleicher Comp. der indogerm. Sprachen S. 4. 2. 6.

Digitized by Google

III.

30 familie „iſt es möglich, daß bei mehren oder bei allen Theilungen mehr Sprachen entſtunden, als deren jetzt nachweisbar ſind, denn im Verlauf der Zeit iſt wohl manche indogermaniſche Sprache wieder erloſchen".

Mit der naturalis ratio ſteht dieſer abſchleifende, nivellirende Entwicklungsgang des Rechts in der Menſchheit nur in einem loſen Zuſammenhang. Es iſt nicht zu glauben, daß die nivellirten allgemein brauchbaren Rechtsſätze mehr auf der „realen Naturordnung" ruhten, als die abgeſtorbenen particulariſtiſchen; ſo wenig wie etwa die vom coloniſirenden Engländer in alle Theile der Erde übergeführte engliſche Sprache mehr „der menſchlichen Natur eingepflanzte" Elemente an ſich trägt, als die von der engliſchen Sprache allmälig verdrängten Sprachen der Eingeborenen. Der große Nivellirungsgang des Rechts in der Menſchheit entſpringt zum überwiegenden Theile nicht aus der inneren Qualität der zur allgemeinen Herrſchaft gelangenden Rechtsinſtitute, ſondern ganz außerhalb derſelben. Sein eigentlich erklärender Grund liegt in der Volkskraft derjenigen Nationen, die den Gang der Weltgeſchichte im großen Ganzen bedingen. Sie abſorbiren allmälig das Schwächere, und ſie tragen ihre Sprache und ihr Recht in immer weitere Kreiſe. Aber wie die Sprachen der Beherrſchten dann doch weſentlich die Sprache der Herrſcher beeinfluſſen, ſo pflegt auch aus dem Recht der Sieger und Beſiegten ein Drittes Neues, als hiſtoriſches Product der mannigfachſten gegeneinanderwirkenden Umſtände, ſich zu geſtalten.

31 §. 31. — B. **Die civilis ratio.** Die naturalis ratio iſt von außerordentlich tiefer dogmatiſcher Bedeutung, um ſich den Kern des Rechts zu erklären. Aber der Umfang dieſer Bedeutung iſt ein verhältnißmäßig geringer. Ganz anders ſteht es in dieſer Hinſicht mit der civilis ratio. Sie iſt in jedem entwickelten Recht das an Umfang weitaus Ueberwiegende, und muß es ſein. Sie iſt das eigentlich ſtaatlich-bürgerliche Element, in welchem,

Digitized by Google

wenn Staats- und Volkgrenzen in gesunder Weise einander cor- 31
respondiren, der nationale Charakter der Staatsgenossenschaft vorzugsweise zum Ausdruck kommt.

Aufgabe der Rechtswissenschaft ist es, diese civilis ratio nach allen Seiten hin zur vollen Erkenntniß zu bringen. Sie liegt oft tief verborgen hinter der uns entgegentretenden Rechtssatzung, unbewußt und ohne Ueberlegung als etwas Selbstverständliches befolgt, und doch das Product dieses Einen nach eigenartiger Richtung hin entwickelten Volksgeistes. Es bedarf der genauen Feststellung: 1) wie dies Volk in Folge seiner Stammeseigenthümlichkeit, seines Wohnorts und Klimas, seiner Lebensweise, seiner geschichtlichen Schicksale, seiner Wanderungen, seiner Kriegs- und Friedenserrungenschaften, dazu gekommen ist, sich diese bürgerliche Rechtsordnung zu geben; in wie weit es darin original gewesen ist, was es in seiner Berührung mit anderen Völkern und in seiner Beerbung früherer Völker und Staaten von diesen entlehnt hat. Civilis ratio umfaßt rein begrifflich die ganze Summe der diesem Volk und Staat eigenartigen Grundgedanken für den allmäligen Auf- und Ausbau ihres Rechtssystems [1]). 2) Es ist genau auseinanderzulegen, in welche einzelnen civiles rationes sich das gesammte Rechtsgebäude zerlegt, in Betreff a) des Rechtsschutzes und der Rechtsverfolgung; b) der Gewährung des Spielraumes für das Individualbelieben; c) der Stellung des weltlich bürgerlichen Elements zum kirchlichen; d) der Aufgabe, die gegebenen physischen und geistigen Kräfte dieser Nation in ihrer Eigenartigkeit durch möglichst gesunde Entwicklung zu der für sie innerhalb der großen Völkerfamilie indicirten höchstdenkbaren Entfaltung zu bringen. 3) Es ist zu constatiren, in welchem geistigen Zusammenhange diese einzelnen civiles rationes unter einander stehen; wo sich nach logischer

1) Also in besonderer Anwendung auf das römische Recht können auch lediglich prätorische Institute rücksichtlich ihrer ratio ganz hieher gehören.

Digitized by Google

III.

31 Sonderung der verſchiedenen denkbaren Punkte noch Lücken finden; welche Aufgaben zur Herſtellung größeren juriſtiſchen Reichthums durch Schaffung neuer, den fortſchreitenden Lebensverhältniſſen dieſes Volks entſprechenden, iuris rationes zu ſtellen ſind. 4) Es iſt die dogmatiſche Gegeneinanderſtellung der civiles rationes verſchiedener Völker, die auf dem Succeſſionswege allmälig in dieſem einen Volk zuſammengelaufen ſind, durchzuführen, und der Spielraum zu fixiren, den die auf verſchiedenem Boden eigenartig erwachſenen civiles rationes in ihrem Contacte auf gleichem Gebiete neben einander in Anſpruch nehmen können.

Auf dieſes civile Rechtsgebiet, das ſtets als die Hauptſache entgegentreten mußte, iſt denn auch die Thätigkeit der Rechtswiſſenſchaft von jeher vorzugsweiſe gerichtet geweſen. Hier iſt ſchon Großes errungen. Insbeſondere ſeit durch die hiſtoriſche Schule der Sinn für nationalen Rechtsgeiſt ungemein geſchärft worden, iſt für das lebendige Verſtändniß unſeres römiſchen und unſeres germaniſchen Rechtes Vorzügliches geleiſtet worden. Und doch ſieht man noch gar kein Ende der Arbeit; und namentlich wird in Betreff jenes vierten Punktes, der dogmatiſchen Gegeneinanderſtellung der civiles rationes des deutſchen und des bei uns eingelebten römiſchen Rechtes [2]), man vielleicht ſagen können, daß wir eigentlich erſt am Anfange der eingehenderen Arbeit ſtehen.

32 §. 32. — C. **Der final-limitirte Rechtsſtoff** (Utilität, Opportunität, Singularität). Man muß ſich hüten, dies Gebiet lediglich als das Product einer beſonderen ſubjectiven Willens*beliebung* ſeitens der Rechtsſatzung aufzufaſſen. Freilich ſind von jeher vom Geſetzgeber vielfache Privilegien, die auch fehlen könnten, ja geradezu nachtheilig wirken können, aus

2) Vgl. z. B. meine neuerdings gegebene Darſtellung der civilis ratio des römiſchen und des deutſchen Collationsrechtes. Glück-Leiſt Commentar III S. 340 ff.

Digitized by Google

reiner Beliebung gegeben worden. Aber das ganze Gebiet, um 32
das es sich hier handelt, ist ein viel weiter greifendes; es hat im Rechtsorganismus seine den übrigen Stoffen gegenüber durchaus selbständige unentbehrliche Bedeutung. Es handelt sich um die ganze Fülle der Rechtsbestimmungen für Sonder- und Einzelgestaltungen, für die lediglich die Erreichung eines gewissen Zwecks das den Inhalt ergebende Motiv der Rechtssatzung ist. Für besondere Lebensabschnitte der Menschen; für bestimmte Zustände der Schwäche und Unfähigkeit [1]); für vorübergehende Nothzustände; für besondere Anschauungen und Bedürfnisse engerer Berufskreise; für gewisse einzig vorkommende Localitäten (z. B. den Rest eines Urwalds); für gewisse in einem Volke herrschend- und ihm lieb-gewordene, sprichwörtlich recipirte, heimisch-besonders gefärbte Anschauungsweisen [2]); für eine gewisse juristisch-ästhetische Symmetrie, wonach man gern eine Anzahl von Einzelpunkten, die beliebig so oder anders geordnet werden könnten, jedenfalls uniform geordnet wünscht; für gewisse öffentliche, kirchliche, gemeinnützige Interessen u. s. w., entwickelt sich ein durch das sociale Leben selbst gegebener objectiver Stoff, der den Inhalt für die zu gebende Rechtsnorm nach dem zu erreichenden Zweck direct ergiebt. Es ist ganz unrichtig, dies Gebiet lediglich als ein Gebiet der Ausnahmsbestimmungen, des utilitatis causa gegebenen ius singulare [3]) aufzufassen. Allerdings: der Rechtssatz über derartige Punkte kann als Ausnahme gegenüber einer

1) Vgl. über die Frage, wie, gegenüber der civilis ratio über die Erbantretung, die Utilität zu Gunsten gewisser Personen den objectiven Stoff darbietet, der dringend die Beiseitestellung der ratio iuris fordert: Glück-Leist Commentar III S. 74 ff.

2) Vgl. meine „Wechselbeziehung" S. 18 ff.: „die Opportunität der Correspondenz der Formen".

3) Fr. 16 de legib. 1. 3: Ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est. Vgl. Beil. Nr. A. XII. 5.

Digitized by Google

III.

32 ratio naturalis oder civilis (einem Rechtsgrundſatz) auftreten. Aber in ſehr weitgreifender Weiſe geſtaltet ſich auch neben jenen rationes geltendes Utilitätsrecht, Wohlfahrtsrecht, dem aller Ausnahmscharakter fremd iſt, und bei dem man geradezu wieder von Utilitätsprincipien reden kann[4]). Der Unterſchied iſt, daß rationes naturales und civiles an ſich und ohne Bemeſſung auf einen beſtimmten Zweck gelten, während das Utilitätsprincip (ratio utilitatis) von vorn herein final limitirt iſt[5]) [fr. 25 de legib. 1. 3; ſ. unten §. 35 A. 2].

An einer dogmatiſchen Zuſammenarbeitung dieſes großen, eine Menge feinerer Beziehungen in ſich faſſenden Gebietes fehlt es in unſerer heutigen Wiſſenſchaft noch ganz. Darauf einzugehen iſt nicht die Aufgabe dieſer Schrift. Aber es fehlt auch überhaupt noch an der richtigen Geſammtanſchauung dieſes Gebiets, was am deutlichſten darin hervortritt, daß ein ſo tiefblickender Rechtsgelehrter wie Puchta dazu gelangen konnte, dies Gebiet mit dem der Billigkeit (Aequität) zu identificiren. Puchta ſagt — abgeſehen vom Ausnahmsrecht, das er auch ganz als Billigkeit auffaßt, ſo daß dabei „die Billigkeit nicht das Recht durchbringt, ſondern ihm in der Form eines Ausnahmsrechts gegen-

4) L. 1 C. de adq. et ret. poss. 7. 32 (Sever. et Ant. 196): tam ratione utilitatis quam iuris pridem receptum est. — Das Privatrecht iſt ſo ſehr durchwebt von Beſtimmungen, die lediglich in der Utilität ihre Begründung haben und haben wollen, daß, dem dadurch hergeſtellten Effecte nach, der Juriſt das Privatrecht als das ius quod ad singulorum utilitatem spectat bezeichnen konnte; fr. 1 §. 2 de iust. et iure 1. 1. Nicht aber (Rousseau contr. soc. II 3) ſtützt ſich das geſammte Recht bloß auf Utilität.

5) Puchta P. §. 21: „Die Herrſchaft der gleichmäßig durchgreifenden Regel über die individuellen Bedürfniſſe iſt der Grundcharakter des Rechts, die ratio iuris; darum kann es nicht fehlen, daß es in den einzelnen Fällen mit den Anſprüchen des von der Geltendmachung der individuellen Unterſchiede abhängigen Wohles in Colliſion kommt."

Digitized by Google

überſteht" —, die Aufgabe das Recht ſo auszubilden, daß die 32
abſtracte Gleichheit nicht in eine wirkliche Ungleichheit umſchlage, werde auf folgendem Wege gelöſt. „Das reine Recht ſelbſt wird ſo geſtaltet, daß es, ohne ſeine Conſequenz aufzugeben, den begründeten Anforderungen auch des individuellen Wohles entſpricht[6]), es wird ein billiges Recht, aequum ius, denn Billigkeit iſt eben die Berückſichtigung der individuellen Unterſchiede und ihrer Anſprüche." „Die Billigkeit iſt ein ſeiner Gründe ſich bewußtes, dem Geiſt des fraglichen Rechtsinſtitutes entſprechendes Ermeſſen der individuellen Umſtände."

Ich halte dies für ganz unrichtig. Das Wohlfahrtsrecht kann mit der Aequität zuſammentreffen, es kann die utilitas der Grund werden, daß die Aequität zu irgend einer Geſtaltung angeregt wird[7]). Aber in ſich ſelbſt ſind beide, die Utilität und die Aequität, völlig geſchiedene Gebiete. Um dies deutlich zu machen, gebe ich im Folgenden in kurzen abgeriſſenen Sätzen einen Ueberblick über die Hauptpunkte, in denen uns das Utilitätsrecht in unſeren Quellen entgegentritt. Man wird daraus auch ohne hinzugefügten Nachweis erſehen, daß dabei von Aequität gar nicht die Rede iſt.

Zunächſt giebt es eine Reihe wichtiger Punkte, in denen

6) Puchta P. §. 21 citirt (Note d) demgemäß Quellenſtellen, in denen von dem Wohlfahrtsrechte (der utilitas, publica utilitas, utilitas communis) ausdrücklich die Rede iſt. Dieſe Stellen werden im Folgenden an ihrem Orte angeführt werden.

7) Z. B. fr. 33 §. 2 de procurat. 3 3: Publice utile est absentes a quibuscunque defendi . . . ., daher bei einer drohenden Verurtheilung: quemvis verba pro eo facientem et innocentiam excusantem audiri aequum est. Oeffentliche Utilität iſt das Vertretenſein der Abweſenden. Dieſe ratio utilitatis hat der Richter im Gebiet der „rechtanwendenden" Aequität bei drohender Verurtheilung zur Ausführung zu bringen. Vgl. Beil. Nr. C. IX. 5.

Digitized by Google

III.
32 rein und voll eine publica utilitas vorliegt[8]). 1) Die unmittelbaren Staats- oder Gemeindeangelegenheiten, fr. 3 §. 13 de pecul. 15. 1; fr. 3 §. 4, fr. 4 de op. nov. nunc. 39. 1: si in publico aliquid fiat, omnes cives opus novum nunciare possunt; nam rei publicae interest quam plurimos ad defendendam suam causam admittere; fr. 33 de usur. 22. 1. — 2) Religiöses Interesse, insbesondere die publica utilitas, daß die Leichen richtig beerdigt werden: fr. 12 §. 3 de religios. 11. 7: sic enim fieri ne insepulta corpora iacerent; fr. 43 eod.: propter publicam utilitatem ne insepulta cadavera iacerent, strictam rationem insuper habemus [die publica utilitas ist hier eine stricta ratio, die mit der aequitas (Puchta Note d) nichts zu thun hat], quae nonnunquam in ambiguis religionum quaestionibus omitti solet: nam summam esse rationem, quae pro religione facit; fr. 20 pr. eod.: publicum ius; fr. 38 eod.: ne corpora aut ossa mortuorum detinerentur aut vexarentur (fr. 39 eod.: ne inquietetur), neve prohiberentur quo minus via publica transferrentur aut quominus sepelirentur. — 3) Oeffentliches Interesse am Bestraftwerden der Vergehungen, fr. 9 §. 5 de publican. 39. 4: vigor publicae disciplinae postulat; daher Begünstigung der Anzeige gemeinschädlicher Handlungen, fr. 5 §. 11 de iniur. 47. 10: quid enim si publica utilitas ex hoc emergit? — 4) Geltendmachung der Injurie, fr. 42 §. 1 de procur. 3. 3: pro publica utilitate exercetur. — 5) Die Freiheit ist eine Sache des öffentlichen Interesses, fr. 53 de fideic. lib. 40. 5: libertas non privata sed publica res est, ut ultro is qui eam debet offerre debeat; fr. 10 §. 4 de test. tut. 26. 2:

8) Wo sie besteht, kann sie den Grund abgeben zur Rescission behördlicher Anordnungen, fr. 5 de decret. ab ord. fac. 50. 9; zur Nichtbeobachtung von widrigen condiciones adpositae bei Schenkungen an res publicae, fr. 13 §. 1 de pollicit. 50. 12.

Digitized by Google

cum pupilli favore et publicae utilitatis adsumpta libertas 32
sit in persona eius, qui tutor scriptus est. — 6) Eheſchlie-
ßung, geſunde und legitime Fortpflanzung der Generationen,
fr. 12 §. 3 de captiv. 49. 15: publica nuptiarum utilitas;
fr. 2 de iure dot. 23. 3: rei publicae interest mulieres do-
tes salvas habere, propter quas nubere possunt; fr. 1 sol.
matr. 24. 3: publice interest dotes mulieribus conservari,
cum dotatas esse feminas ad subolem procreandam replen-
damque liberis civitatem maxime sit necessarium; fr. 1
§. 13 de insp. ventre 25. 4: publice interest partus non
subici, ut ordinum dignitas familiarumque salva sit; fr. 6
de pact. dot. 23. 4: propter utilitatem habentium; Paul.
sent. II. 19. 2: contracta non solvuntur: contemplatio enim
publicae utilitatis privatorum commodis praefertur. —
7) Volksernährung, Getreidezufuhr, fr. 13 de accusat. 48. 2:
propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem;
fr. 37 de poenis 48. 19: propter falsum mensurarum mo-
dum ob utilitatem popularis annonae; fr. 2 §. 33 de orig.
iur. 1. 2: praefectus annonae et vigilum non sunt magi-
stratus, sed extra ordinem utilitatis causa constituti sunt.
— 8) Die Handelsbeziehungen, und zwar: Beförderung der
Schiffahrtsangelegenheiten, fr. 1 §. 5 de exerc. act. 14. 1: et
facilius hoc in magistro quam institore admittendum pro-
pter utilitatem ... dicendum tamen erit eo usque produ-
cendam utilitatem navigantium; fr. 1 §. 20 eod.: ad sum-
mam rempublicam navium exercitio pertinet; aber auch beim
Inſtitutor beſteht eine gewiſſe utilitas promiscui usus, fr. 17
§. 2 de instit. act. 14. 3; die Stellung der Bankgeſchäfte, fr. 8
depos. 16. 3: idque propter necessarium usum argentario-
rum ex utilitate publica receptum est. — 9) Der offene
Straßenverkehr, fr. 1 §. 1 de his qui effud. 9. 3: summa
cum utilitate id praetorem edixisse nemo est qui neget:

Digitized by Google

III.

32 publice enim utile est sine metu et periculo per itinera commeari; §. 2 eod.: iter facientibus prospicitur, non publicis viis studetur; die Bewahrung der Stadt vor Ruinen, fr. 2 §. 17 ne quid in loco publ. 43. 8: ne ruinis urbs deformetur; Wegebeſchützung, fr. 2 §. 35 eod.: in via publica itinereve publico factum immissum habes, quo ea via idve iter deterius sit fiat, §. 44: pertinet enim ad publicam utilitatem. — 10) Schutz von Perſon und Eigenthum bei allgemeinen Calamitäten, fr. 1 §. 4 depos. 16. 3: cum vero extante necessitate deponat, crescit perfidiae crimen et publica utilitas coercendae et vindicandae; fr. 1 §. 1 de incendio 47. 9: huius edicti utilitas evidens et iustissima severitas est, si quidem publice interest nihil rapi ex huiusmodi casibus. — 11) Vertretenwerden der absentes, fr. 33 §. 2 de procurator. 3. 3: publice utile est absentes a quibuscunque defendi (vgl. Anm. 7).

In anderen Angelegenheiten tritt zwar keine publica utilitas hervor, aber doch eine ſpecifiſch-juriſtiſche utilitas. Es macht ſich das Bedürfniß nach einer practiſch-zweckmäßigen Ordnung des fraglichen Verhältniſſes geltend, welches es nicht ſcheut, hie und da ſogar in den Charakter des ius singulare überzugehen. — 12) Gegenſatz dieſer utilitas gegen das eigentlich ſtrict Anzunehmende, fr. 20 §. 2 de S. P. U. 8. 2: utilitas exigit ut idem intellegatur: nam alioquin, si quis strictius interpretetur, aliud est quod sequenti loco ponitur; fr. 51 in fin. ad leg. Aq. 9. 2: multa iure civili contra rationem disputandi pro utilitate communi recepta esse innumerabilibus rebus probari potest ... quamvis subtili ratione dici possit neminem eorum teneri, quia neminem verum sit eam sustulisse [nicht mit Puchta Note d aus der Aequität zu erklären]. — 13) Meiſt bedarf es zur practiſchen Geltung einer ſolchen Utilität des „receptum est“ im concreten

Digitized by Google

III.

Fall, fr. 2 §. 16 pro empt. 41. 4: si a furioso, quem putem 32
sanae mentis, emero, constitit usucapere utilitatis causa me posse quamvis nulla esset emptio; fr. 25 in fin. de adq. poss.: et videtur utilius esse [meine Wechſelb. S. 48]; fr. 32 §. 2 eod.: utilitatis causa hoc receptum est, nam alioquin nullus sensus est infantis accipiendi possessionem; fr. 40 §. 1 eod.: propter utilitatem receptum est, ut per colonum possessio et retineretur et contineretur; fr. 44 §. 1 eod.: quaesitum est cur ex peculii causa per servum ignorantibus possessio quaereretur. dixi utilitatis causa iure singulari receptum, ne cogerentur domini per momenta species et causas peculiorum inquirere; fr. 6 §. 7 mand. 17. 1: quae sententia utilitati rerum consentanea est; fr. 26 pr. eod.: si tamen per ignorantiam impletum est, competere actionem utilitatis causa dicitur [meine Wechſelb. S. 38 A. 43]; §. 10. I. de mandato 3. 26. — 14) Weiterbildung eines Satzes durch actio (utilis) in factum, fr. 11 de praescr. verb. 19. 5: idque utilitas eius legis exigit.

Endlich kann es ſich lediglich um eine privata utilitas handeln, die noch wieder in mannigfacher Beziehung der dogmatiſchen Gegenüberſtellung gegen die publica bedarf. — 15) Gegenſatz zur publica utilitas, fr. 42 §. 1 de procurator. 3. 3: ad actionem iniuriarum ex lege Cornelia procurator dari potest: nam etsi pro publica utilitate exercetur, privata tamen est; fr. 45 §. 1 eod.: qui ita de publico agunt, ut et privatum commodum defendant, causa cognita permittuntur procuratorem dare; fr. 9 §. 5 de publican. 39. 4: alterum enim utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat; fr. 33 pr. ad leg. Aq. 9. 2: pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum sed communiter fungi. — 16) Wohlbegründete Privat-utilitas, fr. 3 §. 2 de pec. const. 13. 5: habet enim utilitatem, ut ex die

Digitized by Google

III.

32 obligatus constituendo se eadem die soluturum teneatur [nicht mit Puchta Not. d aus der Aequität zu erklären]; fr. 1 §. 6. 7 ne quid in flum. publ. 43. 13: plerumque enim utilitas suadet exceptionem istam dari ... oportet enim in huiusmodi rebus utilitatem et tutelam facientis spectari, sine iniuria utique accolarum. — 17) Utilitas der Litiganten, fr. 7 de feriis 2. 12: oratione quidem divi Marci amplius quam semel non esse dandam instrumentorum dilationem expressum est; sed utilitatis litigantium gratia causa cognita et iterum dilatio ... impertiri solet. — 18) Scheidung der utilitas des Vertreters von der des dominus, fr. 14 si quis cautionib. 2. 11: ut hanc conceptionem verborum non ad ipsius, sed ad domini utilitatem relatam interpretemur; fr. 4 pr. de in lit. iur. 12. 3: non enim ad suam utilitatem iurisiurandi referenda aestimatio est, sed ad domini, cuius nomini tutelae ratio postulatur.

33 §. 33. — D. **Das voluntare Element**[1]). — 1) Es ist oben (§. 10) erörtert worden, daß der reale Gütertausch (und zwar insbesondere auch das internationale Ertauschen ausländischer Waare gegen Einheimisches) in Zeiten der Menschheit zurückzuführen ist, die weit vor dem Auftreten des indogermanischen Urvolks liegen. Daß der naturali ratione sich entwickelnde Realkauf in diesem unserem Urvolk bestanden haben müsse, beweist das Wort (und also der Begriff) Kaufpreis: vasnas, ὦνος, venum (§. 10). — Im Realkauf haben wir den Urtypus friedlichen Vertrages: die durch beiderseitiges Leisten gleich real vollzogene Willensübereinstimmung über Sache und Preis. Dieser Rechtsbegriff friedlichen Vertrages ist dann auch in der ganzen indogermanischen Welt auf die Eheschließung angewendet

1) Die früher herrschende ganz übertriebene Verwendung des voluntaren Elements habe ich in diesen Studien III Beil. 4 S. 303 ff. in der Zusammenstellung der Ansichten des Hugo Grotius exemplificirt.

Digitized by Google

worden (§. 6). Aber auch das Wort (und also der Begriff) 33
sonstigen vertragsmäßigen Bindens (pâçajâmi, pacere, pactum, pax — §. 8 A. 6) zieht sich bis in das Urvolk. Von jeher sind Kriege unter Völkerstämmen durch Friedensschlüsse beigelegt worden. Aber indogermanische Art ist es, wie wir gesehen haben, auch den Krieg unter Stämmen, und den Kampf unter Einzelnen wegen erlittener „Kränkung", in eine vertragsartige Gestalt zu bringen. Es wird die Kampfesansage (dictio, condictio, δίκη, §. 14 A. 5. 6) in wohlgeordneter sollenner Form dem Gegner gegenüber vorgenommen; es wird das Anhören und Zuschauen der Götter angerufen, damit der bevorstehende Kampf sich zum göttlichen Urtheil gestalten könne. Also der Kampf wird damit zum Wettkampf (ἀγών, actio — §. 12 A. 10), die Proceßeinleitung zur Wette, und in der Einleitung dieses Rechtsstreites liegt von jeher ein vertragsartiges sollennes Sichbinden, daß man es auf diese Entscheidung ankommen lassen wolle [„iudicio contrahitur"[2]]. Aus diesem Grundgedanken heraus lag denn von jeher die Auffassung nahe, die wir in der italischen in iure cessio, aber in ähnlichen Gestaltungen auch im germanischen Rechtsleben haben hervortreten sehen, daß bewaffnetes, also ursprünglich im Ernst kampfgerüstetes, Zusammentreten vor den Magistrat (Priester) mit Behauptung des Rechts an der berührten Sache und, gegenüber der Kampfverweigerung oder dem Schweigen des Gegners, magistratischer Addiction (Gai. II 24), — als vertragsmäßiger sollenner Uebertragungsact verwendet wird (§. 15 A. 4). Damit haben wir im italischen Völkerstrange die sollenne causalose [lediglich auf animus transferendi und accipiendi dominii oder hereditatis

2) Ja sogar in unserer „Forderung" und „Annahme" des Duells liegt noch heutzutage das „Contrahiren" auf das Gottesurtheil des Kampfes. Vgl. auch das „manum conserere", §. 16 Nr. 3. b.

Digitized by Google

III.

33 u. ſ. w. ſich reducirende [3])] Uebertragungsform. Aber auch der Gedanke, daß man über den Gegenſtand wirklichen Streites durch Vertrag die Eventualität des Kampfes bei Seite ſchieben könne, muß ſchon dem Urvolke angehören, denn wir finden ihn im germaniſchen Völkerſtrange im Compoſitionenſyſtem zu weitgreifender Entwicklung ausgebildet, wir finden ganz denſelben Satz in den 12 Tafeln als die Beſtimmung, daß das pacere die Verfolgung der Talion wegen erlittener Kränkung (Hohn, iniuria) ausſchließe. Weiter tritt uns ein ſollennes pacere aus dem Urvolke entgegen in dem Looswerfen mehrer als Erbnehmer (heres — açaharas — arbinumja — §. 7 A. 14; §. 18 A. 9) Auftretenden über die Erbſchaft (*κληρονομέω* — arbja vairpa; Grimm S. 467), welches Erbnehmen oder Erbtheilen im italiſchen Volksſtrange das [von hir: Hand, mit durch c erweitertem Stamme, Curtius 189] herciscere [4]) der familia genannt wird. Lediglich bei den Italikern hat ſich aus dem Realkauf in der Zeit ſtrictnationaler Rechtsgeſtaltungstendenz in der erſten altlateiniſchen Periode (vor den Aeckervertheilungen nach dem numerus duodenarius) für die wichtigeren beweglichen Sachen die Mancipation [als Erhebung des Realkaufs zum ſtrictnationalen ſollennen Rechtsact, alſo urſprünglich coincidirend: Real- und Formalcontract] entwickelt [5]). Derſelben Zeit wird auch die Er-

3) Meine Mancipation und Tradition S. 36 ff.

4) Bei den Italikern, wo wohl ſchon früh das herciscere unter die adiudicatio eines arbiter geſtellt worden iſt, hat ſich das Looswerfen (das ja auch eine Art Gottesurtheil iſt) nur als letzte Aushülfe erhalten; fr. 5 fam. erc. 10. 2: si omnes iisdem ex partibus heredes sint, nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet. — Ueber ital. Sponſionen vgl. §. 6 A. 5; §. 25 a. E.

5) Der Realkauf iſt von Anfang an ein Friedensact (§. 10 hinter Anm. 8), danach iſt nicht daran zu denken, daß jemals bei dem zum Formalact erhobenen Realkauf, d. h. bei der Mancipation, der die Formel aio rem meam esse ausſprechende Erwerber mit der hasta (festuca) be-

Digitized by Google

hebung des nach der naturalis ratio ein reales Geldhingeben in 33
ſich faſſenden (§. 2 Nr. 3. f. β) Darlehns-pacere (das wir auch als internationales mutuum hervortreten ſahen — ſ. §. 30 A. 1) zu dem ſtrictnationalen Rechtsacte des nexum zuzuſchreiben ſein. Endlich gehört der altitaliſchen Zeit die Entwicklung der Rechtsform letztwillig teſtamentariſcher Individual-Beſtimmung an. Im Urvolke hat es, als die Germanen abzogen, dieſe Rechtsidee noch nicht gegeben (§. 7 A. 13); bei den Griechen iſt ſie nur ſo weit gediehen, daß der Hausvater zur Aufrechthaltung des Hauſes einen Sohn adoptiren und zugleich zu Erben einſetzen kann (ſ. §. 7 bei A. 14); bei den Italikern tritt ſie uns viel weiter entwickelt als libera testamentifactio (calatis comitiis) entgegen. Aber die Annahme iſt vielleicht nicht zu kühn, daß bei den Itali-

---

waffnet hätte ſein müſſen. Hierin tritt, — wenn man auch nach der ſpäteren practiſchen Verwendung der in iure cessio in ſie einfach den animus transferendi et accipiendi dominii hineininterpretiren darf, Anm. 3 — deutlich die Urverſchiedenheit zwiſchen in iure cessio und mancipatio zu Tage. a) Erſtere iſt aus dem Privatfehdeſtandpunkt erwachſen. Der Erwerber „vindicirt" Gai. II. 24; d. h. qui vindicabat, festucam tenebat, Gai. IV. 16. Wer in iure vindicirt, alſo die vindicta imponirt, ſtellt ſich auf den Fehdeſtandpunkt des ἀγών (agis); mithin iſt die in iure cessio eine (legis) actio (§. 12 A. 10), nur daß es nicht zur contentio kommt. Indem der Gegner die Contravindication verſchmäht, ſo iſt das an ſich kein animus transferendi dominii ſondern nur Kampfablehnung, alſo zur Eigenthumsübertragung bedarf es noch des fari („addico") des Magiſtrats (§. 16 A. 3). b) Dagegen bei der Mancipation liegt im Sachhingeben gegen Empfang des abgewogenen aes rude die wahre voluntas transferendi dominii. Der Erwerber nimmt mit den Worten aio rem meam esse die Eigenthumsantretungshandlung vor (parallel der cretio hereditatis). Auch in dem ſpäteren ſpecifiſch-römiſchen dare des Raudusculum pretii loco liegt, da der Veräußerer gegenüber der Antretungserklärung das pretii loco dargereichte aes ohne Proteſt annimmt, der animus transferendi dominii, alſo wirklicher Eigenthumstransmanationswille.

Digitized by Google

III.
33 kern in früheren Zeiten ähnliche Zwischenzustände durchgemacht werden mußten, als diejenigen bei denen die Griechen stehen geblieben sind. —

Dies ist das Material, welches sich aus der ältesten Zeit über das Gebiet und die Gestalten vertragsmäßiger und letztwilliger Individualwillensbestimmungen ermitteln läßt. Die Rechtsacte sind entweder Realacte oder Formalacte. Die Verhältnisse müssen sich Schutz suchen durch den Zustand des factischen Besitzens (die „Handmacht", manus); man erhebt die Einleitung des Selbstschutzes durch Kampf zum Formalact; man knüpft daran den reinen Formalact des Scheinkampfs; man gestaltet, in die Periode der strictnationalen Rechtsgestaltungstendenz übergehend, auf der Basis der natürlich gegebenen Realkaufs- und Realdarlehns-Acte die stricten mit besonderem Rechtsschutz versehenen Formalgeschäfte der nexi datio, obligatio (und liberatio) [6]; man schafft endlich gewisse sollenne Rechtsacte wie Arrogation und Testamentserrichtung vor versammelter Volksgemeinde. Daß aber der formlose Individualwille, allgemein oder wenigstens in einzelnen genau bestimmten Fällen, die Kraft habe, den Rechtsschutz des Gemeinwesens in Bewegung zu setzen, dazu mußten erst weite Stadien der Erstarkung der Staatskraft durchmessen werden. Wir sehen dies in den historischen Zeiten sich vollziehen.

Aus welchen Elementen ist nun die allgemeine Lehre von dem Wesen und der bindenden Kraft der Individual-Willensbestimmungen, insbesondere der Verträge, aufzubauen? Aus dem Zusammenhalt des factischen Gehaltes des Willens mit einem

6) In soweit, als einzelne, auf naturalis ratio ruhende, zu internationaler Verwendung gelangte Geschäfte schon lange bestanden haben, ehe überhaupt die Periode der strict-nationalen Formalgeschäfte begann, kann man denn auch sagen (vgl. §. 1 Anm. 3), daß das ius naturale und ius gentium gegenüber dem ius civile das „vetustius" sei.

Digitized by Google

complicirten Verein von Sätzen der naturalis ratio und von 33
sehr verschiedenen civiles rationes, verbunden noch mit utilitatis und aequitatis rationes als Nebenmomenten. Es hat neustens Schloßmann [„der Vertrag"] den interessanten Versuch gemacht, die im Gebiete dieser Frage heutzutage herrschenden morschen Theorieen umzustoßen, aber mit einem, wie mir scheint, für den positiven Neuaufbau nicht zureichenden Rüstzeuge. Denn in dem „Rechtsgefühl oder Rechtsbewußtsein" in Betreff der „Aufhebung der Interessencollisionen" (S. 193 ff.) bietet er uns nur ein secundäres im Laufe der Geschichte sich sehr modificirendes Product des gesammten hypostatischen Elementes. Nicht aber aus dem Secundären, sondern nur unmittelbar aus dem hypostatischen Elemente selbst läßt sich das Material zur Lösung dieser tiefgreifenden Frage, auf die weiter einzugehen hier nicht meine Absicht sein kann, entnehmen.

2) Ich sprach bisher von den actuellen Individualwillensgestaltungen, wie sie den Stoff zum Verständniß eines ungemein wichtigen Gebietes von Rechtsverhältnissen darbieten. Aber damit ist der Umkreis des voluntaren Elementes nicht erledigt. Es giebt gegenüber dem actuellen Willen auch noch einen probabelen Willen, dem wir als weitgreifendem Stoffschöpfer in den Rechtsverhältnissen nachforschen müssen. Dieser Wille ist entweder ein concret probabeler d. h. ein bei der betreffenden Person in concreto vorhandener oder supponirbarer, ohne daß er geäußert worden ist —, oder, noch einen Schritt weiter, ein lediglich abstract probabler, d. h. ein auch ohne die Supposition des concreten Vorhandenseins angenommener Wille. Namentlich diese letztere Gattung ist von einer für die dogmatische Analyse der Rechtsverhältnisse außerordentlich eingreifenden Bedeutung. Was ich in dieser Hinsicht gesammelt habe, ist zu umfänglich, um mit in diese Schrift aufgenommen werden zu können. Ich scheide es ganz aus für eine künftige Gelegenheit.

Digitized by Google

III.

33 Nur einen verhältnißmäßig kleinen Punkt daraus habe ich neuerdings in meiner schon (§. 2) citirten Recension der Amann'schen Schrift eingehender behandelt.

Danach muß ich denn auch die einzige noch übrige von der naturalis ratio redende Hauptstelle, welche im Bisherigen ihre Erklärung nicht gefunden hat [7]), — Ernst Zimmermann hat sie kürzlich zum Motto seiner Schrift von der stellvertretenden negotiorum gestio erwählt — hier unerörtert lassen.

34 §. 34. — E. **Die Aequität.** 1) Was ist Aequität? Savigny antwortet: sie ist die naturalis ratio. Wir haben gesehen, daß das nicht richtig ist. Puchta antwortet: sie ist das Wohlfahrtsrecht. Wir haben gesehen, daß auch dies nicht richtig ist.

Fassen wir noch einen Hauptvertreter einer selbständigen Ansicht ins Auge. Windscheid (P. 4. Aufl. §. 28) sagt: „Billig ist das den thatsächlichen Verhältnissen angemessene Recht d. h. dasjenige Recht, in welchem jedes Moment der thatsächlichen Verhältnisse, das auf Berücksichtigung Anspruch machen kann, Berücksichtigung wirklich findet, keines Berücksichtigung findet, welches Berücksichtigung nicht verdient, und jedes gerade diejenige Berücksichtigung findet, welche seine Natur fordert. Dasjenige Recht, welches in einer oder der anderen dieser Beziehungen den thatsächlichen Verhältnissen nicht angemessen ist, nennt man strenges Recht." Danach sei der Billigkeitsbegriff, meint Windscheid, ein unbestimmter je nach dem Rechtsbewußtsein oder Rechtsgefühl der Betrachtenden. In dem Sinn des Rechtsgefühls oder Rechtsbewußtseins einer Volksgesammtheit bezeichne Billigkeit das Ideal, nach dessen Verwirklichung das Recht jedes

7) Fr. 38 (39) de negot. gest. 3. 5 (Gai.): naturalis enim simul et civilis ratio suasit alienam condicionem meliorem quidem etiam ignorantis et inviti nos facere posse, deteriorem non posse. Vgl. diese Studien II S. 157 A. 1.

Digitized by Google

Volks zu ſtreben habe; vor deſſen Verwirklichung, bevor eine 34
Rechtsquelle die Billigkeitsausſprüche anerkannt habe, ſei die Billigkeit nicht Recht, und der Richter würde ſich ſchwer verfehlen, der das poſitive Recht gegen ſolche Billigkeit hintanſetzen wollte.

Wenn in dieſer Weiſe das ius aequum „nicht das allen Perſonen gleiche Recht, ſondern das den Verhältniſſen gleiche ſie deckende Recht" wäre, ſo erſchiene damit das den thatſächlichen Verhältniſſen der natura rerum, der naturalis ratio, der utilitas und des voluntaren Elementes entſprechende insgeſammt als billiges Recht. Damit wäre der ſelbſtändige Begriff der Aequität aufgelöſt d. h. werthlos; er ginge auf in dem des „factiſch-adäquaten" Rechtes. Aber die aequitas iſt etwas von der Verwendung der natura rerum, der naturalis ratio, der utilitas, des voluntaren Elements völlig Verſchiedenes; ſie ſteht jenen anderen Beſtandtheilen des hypoſtatiſchen Elementes als ein eigener Beſtandtheil deſſelben ſelbſtändig gegenüber.

Was iſt denn nun aber dieſe ſelbſtändige Aequität? Man wird, ſchon nach der großen Divergenz der angegebenen Anſichten über das Weſen derſelben, ſagen müſſen, daß ein klares Verſtändniß derſelben bisher nicht erreicht worden iſt. Freilich läßt ſich in vielen Lehren conſtatiren, daß der Aequitätsbegriff in Befolgung der römiſchen Quellen richtig verwendet wird. Aber dabei bleibt die Nothwendigkeit des Geſammtverſtändniſſes für Fragen, wo uns der Buchſtabe der Quellen verläßt [1]). Es iſt eine Sicherheit der dogmatiſchen Analyſe erſt erreichbar, wenn man, wie über alle anderen Beſtandtheile des hypoſtatiſchen Elements, ſo auch über dieſes ſo tiefgreifende und unendlich wichtige ins Klare gelangt iſt.

Der Weg zu ſicherem Verſtändniß der Aequität kann —

1) Gegen unrichtige Verwendungen der Aequität: Glück-Leiſt Commentar III S. 289.

III.

34 ebenſo wie bei der natura rerum, der naturalis ratio, der utilitas, — nur der ſein, daß man ſich nicht an die eine oder andere allgemein redende Stelle hält, ſondern der concreten Verwendung derſelben in allen Stellen der röm. Juriſten nachgeht, und ſo aus der geſammten Einzelverwendung den alle durchziehenden leitenden Gedanken entnimmt [2]). Die Römer gebrauchen vielfach ganz promiscue die Wörter „aequum“ und „humanum“. Dies führt darauf (und die Verwendung in allen einzelnen Punkten beſtätigt es), was der Begriff der Aequität ſei. Aequität iſt: die Humanität im Gebiete der ſocialen Ordnung. Um deutlich zu machen, wie dieſer Begriff ſich durch alle Einzelverwendungen hindurchzieht, habe ich es für das Rathſamſte gehalten, das große Quellenmaterial chreſtomathieartig, untermiſcht mit nur kurzen Bemerkungen meinerſeits, in der Beilage zuſammen zu ſtellen. Ich habe ſelbſt das Bedürfniß empfunden, und denke daß das auch bei Anderen vorliegen werde, — bei den verſchiedenſten dogmatiſchen Unterſuchungen gleich in einem Ueberblick verfolgen zu können, in welchen Verbindungen und Gegenſätzen die von den römiſchen Juriſten bei Einem Punkte erhobene Aequitätsfrage zu anderen näher oder entfernter liegenden Aequitätsſätzen ſtehe. Die daraus für meinen eigenen Gebrauch erwachſene Chreſtomathie theile ich in der Beilage mit.

2) M. Voigt das ius naturale, aequum et bonum und ius gentium der Römer. 4 Bde. (1856 ff.) hat in umfaſſender Weiſe die Begriffe der naturalis ratio, des ius gentium, und der aequitas, wie ſie hiſtoriſch bei den Römern verwendet worden ſind, verfolgt. Das mit emſigem Fleiß und großer Gelehrſamkeit zuſammengetragene umfängliche Material iſt für hiſtoriſches Studium werthvoll. Dogmatiſch iſt das Werk weſentlich reſultatlos, da eine kritiſche Zuſammenordnung der Geſammtverwendung der naturalis ratio und der aequitas, und eine Unterſuchung ihrer dogmatiſchen Function im Rechtsorganismus gar nicht unternommen worden iſt. Auch mit Angabe der „fünf Hauptrichtungen der aequitas“ I S. 350 iſt das Weſen der drei großen Aequitätsgruppen gar nicht getroffen.

Digitized by Google

Absolute Vollständigkeit garantire ich nicht; aber ganz wesentliche 34
Punkte werden schwerlich fehlen [3]). Erst wenn man sich ganz einarbeitet in die Art, wie die classischen römischen Juristen bei der gewaltigen Zahl von Einzelfragen die Aequität verwenden, kann man ein festes Verständniß davon gewinnen, daß allen diesen höchst mannigfaltigen Einzelverwendungen ein einziger und ganz präciser Begriff innewohnt. Es zeigt sich auch hier die wunderbare Eigenheit der römischen Classiker: die schärfste Verwendung eines Begriffs durch die verschiedensten concreten Gestaltungen hindurch, ohne auch nur das Bedürfniß, den Begriff theoretisch zusammenzufassen.

Wer sich eingelebt hat in diese römische Gesammtverwendung der Aequität, dem, denke ich, wird sich das Resultat ergeben, daß der einheitlich leitende Aequitätsbegriff der eben von mir formulirte ist: „die Humanität im Gebiete der socialen Ordnung". Aber eine eigentliche Beweisführung in Betreff dieser meiner Formulirung werde ich im Texte dieser Schrift gar nicht unternehmen. Ich müßte sonst, was ich hier nicht beabsichtige, ein dickes Buch über die Aequität schreiben. Die von mir in der Beilage zusammengeordneten Quellenaussprüche mögen rücksichtlich des Aequitätsbegriffs sich selbst rechtfertigen. Findet ein Anderer, daß der Begriff noch anders, als von mir geschehen, zu formuliren sei: wohl. Was ich im Folgenden zusammenfassend sage, soll nur eine Art orientirender Einleitung zu der Beilage sein.

§. 35. — 2) Die Humanität ist ein Begriff, der besteht, 35
so lange es Menschen giebt. Der Mensch erkennt von jeher den Menschen als *seines Gleichen*. Daß die Menschen gleich-

3) Wer bei der Lectüre der Quellen auf wichtige, von der Aequität redende, Stellen stößt, die ich nicht berücksichtigt habe, wird mir durch Mittheilung derselben einen dankbar anerkannten Dienst erweisen.

Digitized by Google

III.

35 artig, und daß der Menſch dem Thiere ungleichartig organiſirt iſt, beruht auf der realen Naturordnung, der naturalis ratio. Den Gedanken aber, daß: — trotz aller Ungleichheit, die Krieg und Gewaltthat, Verſchiedenheit der Begabung und des Ehrgeizes, Verſchiedenheit der Geſchlechter, der Glücksumſtände, des Fleißes, Verſchiedenheit des Erfolges ebenfalls nach der realen Naturordnung mit ſich führen, und die dann eben auch in der Verſchiedenheit und Ungleichheit der Rechtsſtellung ſich verkörpert, — man im Mitmenſchen doch immer den Bruder anzuerkennen habe, dieſen Gedanken trägt der roheſte wie der gebildetſte Menſch in ſich. Er beruht darauf, daß der Menſch (im Gegenſatz zum Thier) ein ſittliches Weſen iſt, daß er die göttliche Mitgabe des Gewiſſens in ſich trägt. Die Stimme eines Jeden ſagt ſich: „Du biſt ein Menſch, ſo ſollſt du auch gegen Deines Gleichen Dich menſchlich benehmen": *ἄνθρωπον ὄντα δεῖ φρονεῖν ἀνθρώπινα.* Damit haben wir die „Menſchlichkeit", die „Humanität", welche nothwendig „Gleichheitsgefühl" (Aequität) iſt.

a) Die Humanität iſt keine bloße „Theorie", ſondern eine Macht von ungeheuerer, gar nicht zu unterdrückender Naturkraft. So wie das Gewiſſen des Einzelnen eine Macht iſt, ſo iſt das Gleichheits- oder Humanitätsgefühl, wie es in einem Volke herrſcht, die Macht des Volksgewiſſens. Es identificirt ſich nicht mit dem Rechtsbewußtſein des Volks. Im Gegentheil es läßt nicht ab, das beſtehende Recht richtend [1]), ſtrafend, beſſernd, mil-

1) Das Gerechtigkeitsgefühl iſt vorzugsweiſe das, in verſchiedenen Perioden der Menſchheit freilich ſehr verſchieden lautende, Reſultat der ſtets ſich erneuernden Kritik der aequitas über das ius. Cic. de off. I. 19: servare aequitatem quae est iustitiae maxime propria; II. 12: ius enim semper quaesitum est aequabile: neque enim aliter esset ius.

Digitized by Google

dernd zu critisiren. Aequität ist nicht: „das der menschlichen 35
Natur eingepflanzte gemeinsame Rechtsbewußtsein" (Savigny), sondern die Aequität vindicirt sich ihren Bestand gerade abgesehen vom Recht. Sie stellt sich mahnend über das Recht; sie behält ihr Eigenwesen, auch wo das Recht sie adoptirt hat. Iuris ratio (oder ratio i. e. S.) und aequitas (oder aequitatis ratio) bleiben immer innerlich verschiedene Dinge[2]).

b) Die Aequitäts- oder Humanitätsidee hat von jeher bestanden und Wirkungen geäußert. Jenes heilige Gastrecht und die Scheu der Schutzflehenden (§. 10 A. 4. 5) sind schon Producte der Anschauung, daß man außerhalb alles ius seines Glei-

2) Fr. 25 de legib. 1. 3: nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem; fr. 7 §. 1 de i. i. r. 4. 1: ut et ratio et aequitas postulabit; fr. 32 §. 4 ad leg. Falc. 35. 2: quae sententia et aequitatem et rationem magis habet; fr. 52 §. 3 de pact. 2. 14: rescriptum est, neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti; fr. 32 pr. de pecul. 15. 1: licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari; fr. 2 §. 5 de aqua et aq. pl. 39. 3: haec aequitas suggerit, etsi iure deficiamur; fr. 20 de instit. act. 14. 3: nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse; fr. 13 pr. de lib. et post. 28. 2: licet enim suptili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, ... ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; fr. 6 si tab. test. null. 38. 6: et rei aequitas et causa edicti quo de b. p. liberis danda cavetur; fr. 11 in fin. de usuris 22: 1: aequum est, quamvis ipso iure usurae reipublicae debeantur; fr. 16 §. 5 de pignorib. 20. 1: quod ego quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo ... sed humanius est; fr. 8 de cap. min. 4. 5: civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest (vgl. Beil. Nr. C. VI. 3); fr. 85 §. 2 de reg. iur. 50. 17: quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur (vgl. Beil. Nr. C. I. 6. a.).

Digitized by Google

III.

chen menschlich behandeln muß. Aber wie das Gewissen des Einzelnen abgestumpft und umgekehrt zu feinerer Empfindung geschärft werden kann, so ist es auch mit dem Humanitätsgefühl der Völker. Es ist etwas mit der Zeit und den Erfahrungen der Völker Wachsendes, etwas Cultivirbares, Erziehbares. Mit seinem Wachsen wird es ein immerfort thätiges Correctiv des Rechts; und so bildet es ein nothwendig existirendes hypostatisches Element für die Rechtsbetrachtung, dessen selbständiger Bestand auch dadurch nicht geändert wird, daß von Zeit zu Zeit die Völker um der practischen Zweckmäßigkeit willen darauf kommen, ihr ganzes Recht zu codificiren, also jedem in die einzelnen Paragraphen auch aus der Aequität aufgenommenen Satze die speciell formelle Gesetzeskraft zu verleihen. Je feiner die Rechtsausbildung sich gestaltet, desto feiner wird auch die Aussöhnung und Verbindung mit dem Gleichheitsgedanken. Das Ziel des letzteren ist ja gar nicht: Gleichmachung der Menschen und ihres Rechts; sondern, bei aller immer bleibenden Ungleichheit der Verhältnisse und der Rechtsstellungen, gleichmenschliche Behandlung Aller unter dem Recht. Man behandelt gleichmenschlich: einen Reichen und einen Armen nicht dadurch, daß man die Güter unter ihnen theilt, sondern daß man dieselbe Anforderung (z. B. des Steuerzahlens) gegen Beide je nach dem Verhältniß ihres Vermögens durchführt; einen Mann und eine Frau nicht dadurch, daß man Beide als Geschlechtslose betrachtet, sondern daß man denselben Rechtssatz der gegebenen Verschiedenheit ihres Geschlechts anpaßt; einen verstockten Verbrecher und einen um's Vaterland verdienten Feldherrn nicht dadurch, daß man gegen Beider Thaten indifferent ist, sondern daß man den für Alle geltenden Satz, daß das Böse zu strafen das Gute zu belohnen sei, beim Einen ohne Ueberhaß, beim Anderen ohne Uebergunst zur Anwendung bringt (vgl. Anm. 5 a. E.); ein Kind unter seinem Vater und

Digitized by Google

eine vaterlose Waise nicht dadurch, daß man den Unterschied igno- 35
rirt, sondern daß man dem nach der realen Naturordnung Ge-
schützten den Vaterlosen (vgl. oben S. 57) künstlich möglichst
gleichstellt u. s. w. u. s. w. Aequität ist nicht: Nivellirung, Gleich-
machung der menschlichen Verhältnisse und Leistungen, son-
dern: Prüfung aller Verhältnisse unter dem unparteiischen Ge-
sichtspunkte der Gleichheit und Gleichwerthigkeit der menschlichen
Natur.

§. 36. — c) Die Art, wie die römischen Juristen diesen 36
Aequitätsgedanken in einer überaus großen Fülle des Details
durch ihr ganzes Recht durchgearbeitet haben, ist eine ihrer größten
Leistungen. Sie verfahren dabei in ihrer einfachen phrasenlosen
Weise mit sittlicher Strenge und andererseits wieder warmer Her-
zensmildigkeit [1]). Man darf nicht glauben, daß Aequität sich
immer als Benignität äußere. Als wenn sie nur eine schwäch-
liche Scheu wäre, den Leuten wehe zu thun! Allerdings gestaltet
sie sich überwiegend nach der freundlichen Seite hin, und gerade
dann gebraucht man vorzugsweise gern den Ausdruck „Humanität".
Aber in sich ist die Aequität gleichwägende Unparteilichkeit (suum
cuique tribuere; vgl. Anm. 5); und die kann und muß gegen
das Böse, Schlechte, Unredliche und Unsaubere ahndend, miß-

1) Vgl. z. B. ihre Auffassung des „iustus exactionis modus", der sowohl durch übertrieben harte Selbstbelastung mittelst Vertrages (stipulationis iniquitas, fr. 17 pr. de usur. 22. 1), als auch durch überstrenge amtliche Geltendmachung öffentlicher Interessen [vgl. §. 32 Nr. 1] verletzt werden kann. Letzteres drückt Ulpian in fr. 33 pr. de usuris mit folgenden Worten aus: prospicere reipublicae securitati debet praeses provinciae, dummodo non acerbum se exactorem nec contumeliosum [nec rursus contemptibilem] praebeat, sed moderatum et cum efficacia benignum et cum instantia humanum: nam inter insolentiam incuriosam [iniuriosam: Hal.] et diligentiam non ambitiosam multum interest.

Digitized by Google

III.
36 billigend und unsentimental verfahren. Es giebt also auch eine „strenge" Aequität (s. Beil. C. II. 1.; A. XIII. und oben §. 9, §. 13 A. 9).

Die Römer haben durch ihren feineren Ausbau der Aequität ein eigenes großes Gebände „civilistischer Sittlichkeit" aufgeführt. Weniges darin enthält wirkliche Neuschöpfungen, die sich in ihrem Bestande auf die eigenthümlich freie Stellung der römischen Juristen, nach dem ius respondendi ganz neues Recht machen zu können, reduciren. Im Uebrigen operiren sie im Anhalt an das bestehende positive Recht. Sie bauen die Aequität nach drei Richtungen aus: nach der Richtung der Schätzung der Individualität und des Werths der Persönlichkeiten; nach der der objectiven Ausgleichung des in den Verhältnissen dem Aequitätsgedanken Widersprechenden; und nach der der Rechtsdurchführung im Sinn der Aequität. Ich nenne diese drei großen Richtungen der Aequität: die subjectivschätzende, die objectivausgleichende und die rechtanwendende. Ich habe danach die Aussprüche der römischen Juristen über das Einzelne in der Beilage geordnet. — Lediglich dem dritten Gebiete, der rechtanwendenden Aequität, gehört unser schöner deutscher (aber in der heutigen Anwendung oft ganz entstellter) Begriff der „Billichkeit" an. Grimm D. W. B. II. S. 27: „Billich, aequus, probabilis [adv. iure, merito] findet sich erst seit dem 11. Jahrh. ... verzeichnet[2]), mit dem vorhin an-

2) Vgl. im Gegensatz: Grimm D. W. B. a. a. O.: „Billig, aequus, im 17. Jahrh. tauchte diese falsche Schreibung auf und setzte sich im 18. Jahrh. fest, das Wort ist aber, wie wir sahen, mit lich zusammengesetzt, nicht durch — ig abgeleitet. ... Die Betonung billig steht der alten von billich entgegen. Die ursprüngliche Bedeutung zeigt sich, wenn wir es mit recht verbinden, von welchem es sich gleichwohl unterscheidet, wie aequitas von ius: das ist recht und billig; ich halte die Sache für recht und billig;

Digitized by Google

geführten bil (fas, ius) und dem adj. lich, das ſich in lich kürzte, zuſammengeſetzt, daher es ſich noch weiter in bilch verengen konnte." Es iſt dem bil gemäß, daß es auch zur Anwendung gebracht werde: „was dem Einen Recht iſt, iſt dem Andern billich" heißt urſprünglich: erkennen wir etwas bei dem Einen für Recht, ſo iſt es auch dem bil gemäß, es beim Anderen zur Anwendung zu bringen: „Accio idem quod Titio ius esto" [Zell, Ferienſchriften II. 57. 91; — vgl. Lucas 6, 31]. Grimm D. W. B. a. a. O.: „das ſollend wir Chriſtenmenſchen auch thun und iſt billich das wir es thun, — es iſt nicht billich das er leben ſol, — denen nim ich es auch nicht für übel und billich, — nieman findet Fleiſch in aller menſchen heut, das nicht zu böſem williger, denn zum guten billicher" [das Gute anwendend], — „darum ſoltu es billich leiden" [dem Rechte gemäß], — „darumb haſt Du billich nicht verſchonet", — „denn wo der gerechte thut böſes, ſo ſtirbt er ja billich darumb" [Cic. de off. I. 25: lex quae ad puniendum non iracundia sed aequitate ducitur].

d) Man darf nicht ſagen, daß der Richter bei ſeiner Thätigkeit das Menſchlichkeits- oder Aequitätsgefühl zu verläugnen habe, ſoweit nicht das Recht die Aequität beſonders anerkenne,

Dein Verlangen iſt billig; was dem Einen recht iſt, iſt dem Anderen billig; was Dir recht, iſt mir billig; ein billiger Zorn, ein gerechter; billige Rückſicht." — Viele conſtruiren ſich heutzutage den Begriff der Aequität lediglich nach dem Sinn dieſes erſt ſeit dem 17. Jahrh. ſich entwickelnden Wortes: Billigkeit [nicht: Billichkeit]; und finden ihn alſo einfach in dem Gegenſatz von ius aequum zum ius strictum; vgl. z. B. Brinz P. 2. Aufl. S. 112: „die Gründe ſind hier und dort von derſelben Art; dieſelbe Billigkeit, Zweckmäßigkeit, Gunſt, Gemeinnützigkeit, die das einemal zur Regel führte, hat ein andermal deren Abbeugung verurſacht. So dürfen ius aequum und strictum (rigor), von denen jedes ſeine Regeln und Ausnahmen hatte, mit ius commune und singulare nicht verwechſelt werden."

Digitized by Google

III.

36 und daß darüber hinaus der die Aequität verwendende Richter seine Pflicht verletze. Die Angst vor falscher Verwendung (der s. g. aequitas cerebrina) liegt hauptsächlich in der Unklarheit über das Wesen der Aequität. In dem Geiste, in dem die Römer die Aequität ausgearbeitet haben, werden wir unbedenklich dem Richter auch immerfort das Waltenlassen des Humanitätsgedankens bei der Rechtshandhabung gestatten können. Mit dem Abschneiden derselben würde gar nichts gewonnen werden [3]). Auch werden wir — abgesehen von den selteneren Punkten, wo es sich im röm. Recht (gleichartig wie in jenen obigen Fällen des „receptum est" in Betreff gewisser Utilitätssätze; vgl. §. 32 Nr. 13) um ganz neue [4]) durch ius respondendi festgestellte Aequitätssätze handelt, die in dieser Weise allerdings unsere Jurisprudenz nicht würde erzeugen können, — nicht sagen dürfen, daß unsere Rechts-

3) Eine solche Abschneidung liegt auch nicht, wie Windscheid A. 4 annimmt, in l. 1 C. de legib. 1. 14 (Constantin): inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere; diese Stelle spricht speciell von einem Widerspruch zwischen ius und aequitas; vgl. Beil. Nr. C. I. 6. b.

4) Die Römer nennen solche ganz neue Aequitätssätze, die zunächst noch keinen Anhaltspunkt im positiven Rechte haben, die naturalis aequitas i. e. S. im Gegensatz zur civilis aequitas. Fr. 1 §. 1 si is qui test. lib. 47. 4 (Ulp.): Haec autem actio, ut Labeo scripsit, naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio: sed natura aequum est non esse impunitum eum, qui hac spe audacior factus est, quia neque ut servum se coerceri posse intelligit spe imminentis libertatis, neque ut liberum damnari, quia hereditati furtum fecit, hoc est dominae, dominus autem dominave non possunt habere furti actionem cum servo suo, quamvis postea ad libertatem pervenerit vel alienatus sit, nisi si postea quoque contrectaverit. e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere.

Digitized by Google

wiſſenſchaft in der Erfüllung eines poſitiv gegebenen Rechtsinſti- 36
tuts mit der dem römiſchen Geiſte entſprechenden Aequität heut-
zutage beengter wäre, als es die Römer waren.

e) Die Aequität iſt nicht ein „Ideal", vor deſſen Erreichung wir lediglich am Rechte halten müßten, ſondern ſie iſt eine Aufgabe, an der innerhalb des Rechtsgebietes immer gearbeitet wird und immer noch ferner gearbeitet werden muß. Sie iſt das ſtets in Bewegung zu haltende, immerfort dem Recht die ſittliche Wärme einhauchende Element. Auch Aequitätsgedanken können veralten, und es können andere und höhere Geſichtspunkte ſich an die Stelle ſetzen. Auch Aequitätsgeſichtspunkte können, wenn ſie vollſtändig in's Recht Aufnahme gefunden haben, ſchließlich erſtarren und verknöchern. Die große Bedeutung, welche der Aequität als einem ſelbſtändigen hypoſtatiſchen Elemente zukommt, kann ſie nur feſthalten, wenn die Rechtswiſſenſchaft es verſteht, ihre Formulirung immer in dem geiſtig freien und doch conſervativen Sinne durchzuführen, der die römiſche Durcharbeitung der Aequität kennzeichnet [5]). Es handelt ſich im Recht um eine Ordnung, die

5) Vgl. z. B. fr. 31 §. 1 depos. 16. 3 (Tryphon): si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit: si totius rei aequitatem, quae ex omnibus personis quae negotio isto continguntur impletur, mihi reddenda sunt [utilis actio], cui facto scelestissimo adempta sunt . et probo hanc esse iustitiam quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione. quodsi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei restituenda sunt qui deposuit, quamvis male quaesita deposuit. — Da die aequitas ſich zu einem ſehr detaillirt durch das ganze Recht durchgearbeiteten Syſtem der „civiliſtiſchen Sittlichkeit" (civilis aequitas) ausgeſtaltet hat, ſo iſt die Aequitätsvorſchrift des „suum cuique tribuere" geradezu ein allgemeines „iuris praeceptum" geworden (§. 3 I. de iust. et iur. 1. 1). So wird das ius (im Sinne der Rechtswiſſenſchaft) die ars boni et aequi genannt; fr. 1 pr.

Digitized by Google

III.

36 allen, auch oft sehr rohen und egoistischen, Triebfedern freien Spielraum gestatten muß. Es ist von jeher im Rechtsgebiete Viel von Kampf nicht bloß geredet worden (vgl. §. 8 A. 8), sondern auch wirklich zu spüren gewesen. Auch jetzt wieder ist es besonders Mode geworden, den „Kampf um's Dasein" zu betonen. Aber dem rein dynamischen Spiel der Kräfte und Interessen steht immer wohlthuend die Macht des Humanitäts- und Aequitätsgedankens gegenüber. Die Herzlosigkeit des „Kampfes um's Dasein" findet stets ihr Gegengewicht in dem Drängen nach dem „Frieden gleichen Rechtes".

37 §. 37. — IV. **Das historische Element.** Das Recht in der Menschheit unterliegt einer Gesammtentwicklung, deren Endresultate unserem Auge verborgen sind. Die Entwicklung des Rechtes in einem einzelnen Volke, namentlich in einem Gliede unserer indogermanischen Völkerfamilie, bildet nur ein mehr oder weniger wichtiges Moment in der Gesammtvorwärtsbewegung. Dabei findet, wie bei den Sprachen, ein Abschleifen des absonderlich-Eigenthümlichen, ein Untergehen des Particularen statt. Ein nivellirtes Gemeinsames tritt an die Stelle. Viele Keime im großen Rechtsgarten gelangen nur eben zum Blättertreiben, Wenigeres gelangt zur Blüthe, noch Wenigeres zur Frucht. Für den Untergang von so vielem Liebgewordenen finden die Menschen den Ersatz in dem, immer weitere Kreise umspannenden, Gemeinsamen. Die civilisirten Völker schleifen sich aneinander ihr

---

§. 1 de iust. et iur. 1. 1 (Ulp.): nam ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam (vgl. §. 35 Anm. 1) namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam non simulatam affectantes.

Digitized by Google

Recht immer mehr gegenseitig ab, sie tragen ihr Recht in die 37
halbcultivirten Völker; immer mehr Länder des Erdkreises werden in die Rechtscultur hineingezogen.

Das Recht in diesem seinem Weiterschreiten ist nur verständlich durch immer tieferes Eindringen in den Gang seiner bisherigen Entwicklung, in die Urelemente, aus denen es sich entwickelt hat. Man kann sagen: je weiter die Rechtsgeschichte zurückgreift in die Urzeiten, um so interessanter wird sie. Die Gestaltung des Rechts ist die Entfaltung des menschlichen Geistes nach der Seite der socialen Ordnung hin. Die Wissenschaft der Rechtsgeschichte soll diese Geistesentfaltung unserem Auge darlegen. In der gemeinsamen Aufgabe, die Geschichte des menschlichen Geistes in seinen verschiedenen Richtungen zu ermitteln, vereinigen sich schließlich die verschiedensten wissenschaftlichen Specialaufgaben. Allmälig wird man vielleicht noch manche bisher verdeckte Gründe der Gesammtentwicklung erkennen, es wird in Betreff der „Weltanschauung", die schon so viele Stufen durchschritten hat, mit der Zeit heller werden. „Den Grund der Weltanschauungen anzugeben," sagt Otfr. Müller (Proleg. S. 121), „liegt der historischen Mythenforschung nicht ob; sie" [und wir können ebenso auch sagen: die geschichtliche Rechtsforschung] „muß dies der höchsten aller geschichtlichen Wissenschaften, einer — in ihrem inneren Zusammenhange kaum noch geahnten — Geschichte des menschlichen Geistes überlassen."

Die Einsicht, daß das Recht als ein stetes Werden nur geschichtlich begriffen werden kann, der Wissenschaft gewonnen zu haben, ist das unvergängliche Verdienst der historischen Schule. Ich habe nicht die Absicht ihre allbekannten Leistungen hier weiter auseinander zu setzen.

V. **Das philosophische Element.** Wenn man ein Rechtsinstitut wissenschaftlich feststellen will, so muß man zunächst er-

Digitized by Google

III.

37 mitteln, welchem hypostatischen Elemente oder welchen mehren hypostatischen Elementen es angehöre. Die hypostatischen Bestandtheile eines Rechtsinstituts, namentlich aber — im Gegensatz zur civilis ratio, — die naturalis ratio (mit der natura rerum), das Wohlfahrtselement, das voluntare Element, und die (naturalis) aequitas, kann man seine „Physis" oder Natur i. w. S. nennen. Diese hypostatischen Bestandtheile sind mit dem gesammten legalen Elemente des bestimmten Volkes, um das es sich handelt, zu verarbeiten. Das aus hypostatischen und legalen Bestandtheilen zusammengesetzte Rechtsinstitut ist in seinem gesammten geschichtlichen Verlauf durch alle die mannigfachen Verbindungen hindurch, die es im Laufe der Zeiten knüpft und löst, zu verfolgen. Das so aus hypostatisch-legal-historischen Elementen erwachsene Wesen des Rechtsinstituts ist allen Zergliederungen, Begriffsformulirungen, Classificationen und systematischen Momenten des durch die Arbeit einer alten Wissenschaft errungenen logischen Elementes zu unterwerfen.

Wenn dies Alles berücksichtigt ist, so haben wir in Betreff des Rechtsinstitutes das erledigt, was für Vorbereitung seiner richtigen practischen Verwendung nöthig ist. Aber damit ist unsere wissenschaftliche Aufgabe nicht beendigt. Es fehlt noch die philosophische Thätigkeit. Es ist von ganz besonderer Wichtigkeit, daß man sich den practisch-wissenschaftlichen und den philosophisch-wissenschaftlichen Standpunkt genau auseinander halte[1]).

1) Man kann Schloßmann, Vertrag S. 201 nicht beistimmen, wenn er sagt: „Man wird der hier vertheidigten Richtung entgegenhalten, daß dieselbe keine Rechtswissenschaft, sondern Philosophie sei. Allein wenn feststeht, daß die bloße Darlegung des geltenden Rechts nicht Wissenschaft, und daß diese Thätigkeit auch mit nur gelegentlicher, je nach Neigung oder augenblicklichem Bedürfniß zugelassener Ueberschreitung des Positiven noch keine Wissenschaft, sondern planloses Schwanken zwischen Autorität und

Digitized by Google

Die Vorbedingung für alle wissenschaftliche Förderung ist klare 37
Abgrenzung des eingenommenen Standpunktes, und die Rechts-
philosophie kann erst richtig operiren, wenn sie sich frei fühlt von
der Rücksicht auf die practische Verwendung in der Gegenwart
eines bestimmten Landes.

Die Entwicklung des Rechts in der Menschheit ist ein geistiges Vorwärtsschreiten. Das führt darauf, — wofern man sich nicht überhaupt alle menschheitliche, und also auch die rechtlich-menschheitliche Entwicklung, als ein resultatloses Nichts, als einen „dummen Spaß" vorstellen will, — daß dieses geistige Vorwärtsschreiten nothwendig innerhalb einer geistigen Substanz vor sich gehen müsse, von der es Bestandtheil, aber (da es in zeitlicher und räumlicher Entwicklung begriffen ist) nur undeutlicher Bestandtheil, ist. So wird der menschliche Geist dahin getrieben, sich diese Substanz transscendent als ein rein-Absolutes durch Axiom zu setzen, und von da aus sich die Einzelentfaltungen erst substantiell verständlich zu machen. Man kann sich das reine Absolute als unpersönlich-begriffliches Sein, man kann es sich als immanentes Gerechtigkeitselement innerhalb des persönlichen göttlichen Wesens denken. Beide Standpunkte müssen der rechtsphilosophischen Untersuchung frei offenstehen. Wie gegenüber diesem Absoluten der menschliche Wille in Freiheit und Nothwendigkeit sich bewegt; welche psychologischen Grundlagen dahin führen, daß der Mensch allenthalben als *πολιτικὸν ζῶον*, als soziales Naturwesen auftritt; welche Plane überhaupt in der realen Naturordnung und in der Begabung der Menschheit mit socialem Willen gefunden werden können; wie danach in den verschiedenen Menschheitsracen das Rechtssystem, in seinen Gliederungen und in seiner Aufgabe der Erziehung des Menschengeschlechtes, zu immer höheren Stufen

Erkenntniß ist, dann kann der Name, mit welchem man ein folgerichtiges wissenschaftliches Vorgehen belegt, gleichgültig sein."

Digitized by Google

III.

37 der Gesittung sich entfalte, das zu erforschen, sind die Aufgaben der Rechtsphilosophie. Hat die Wissenschaft des bestehenden Rechtes es mit „Principien" und „Summen" zu thun, so operirt die Rechtsphilosophie mit „Axiomen". Alles was ich oben für die Wissenschaft des bestehenden Rechtes läugnete, daß man die Rechtsinstitute aus dem Begriff aufbauen dürfe, — in der Rechtsphilosophie muß es als Darlegung der sich entfaltenden Substanz des Absoluten zur vollen Ausführung gelangen. Dafür aber muß freilich ein höherer Standpunkt genommen werden, als er uns in manchen „rechtsphilosophischen" Erörterungen entgegentritt, die bei Lichte besehen nichts als Deductionen aus einer unklaren „Natur der Sache" sind.

Digitized by Google

Beilage.

Digitized by Google

Beilage.

Die Aequität.

A. Subjectivschätzende Aequität.

I. Beiseitesetzen des dolus und des Wissens Anderer. Fremder dolus soll mir a) nicht schaden, b) aber auch nicht nützen. — 1) fr. 37 de act. empt. 19. 1 (Paul.): Sicut aequum est bonae fidei emptori a) alterius dolum non nocere, ita b) non est aequum eidem personae venditoris sui dolum prodesse; fr. 3 §. 1 de eo per quem factum. 2. 10. — 2) fr. 5 de iur. et fact. ign. 22. 6 (Terent. Clem.): Iniquissimum videtur cuiquam scientiam alterius quam suam nocere vel ignorantiam alterius alii profuturam. — 3) fr. 8 §. 1 fr. 9 de act. rer. am. 25. 2 (Pomp.): si mulier res quas amoverit non reddat, aestimari debere quanti in litem vir iurasset, (Paul.) non enim aequum est invitum [nisi. ins.] suo pretio res suas vendere; fr. 10 eod. — 4) fr. 22 pr. de act. rer. am. (Iulian.): Gegenüber der Frau kann der Dritte sich nicht mit Berufung darauf schützen, daß die Frau die Sache dolo erworben hat: si propter res amotas egero cum muliere et lis aestimata sit, an actio ei danda sit, si amiserit possessionem? movet me quia dolo adquisiit possessionem . resp.: qui litis aestimationem suffert, emptoris loco habendus est . ideo . . si amiserit possessionem, in rem actio ei danda est. — 5) Gai. IV. 75: ex maleficiis filiorumfamilias servorumve . . . noxales actiones proditae sunt, uti liceret patri dominove aut litis aestimationem sufferre aut noxae dedere: erat enim iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora parentibus dominisve damnosam esse; fr. 133 de reg. iur. 50. 17 (Gai.): Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest. Beil. A. I.

II. Grave est fidem fallere; fides contractus. — 1) fr. 1 pr. de pecun. const. 13. 5 (Ulp.): Hoc edicto praetor favet naturali aequitati: qui constituta ex consensu facta custodit, quoniam grave est fidem fallere; fr. 1 pr. de A. II.

Digitized by Google

Beil.

A. II. pact. 2. 14 (Ulp.): huius edicti aequitas naturalis est . quid enim tam congruum fidei humanae, quam ea quae inter eos placuerunt servare?; fr. 84 §. 1 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): is natura debet, quem iure gentium dare oportet, cuius fidem secuti sumus; fr. 19 §. 9 locati 19. 2 (Ulp. — Imp. Ant. cum D. Sev.): fidem contractus impleri aequum est. — 2) Der venditor hereditatis muß präſtiren: id quod pervenit; auch den Werth der von ihm aus der Erbſchaft verſchenkten Sachen erſetzen, weil es in dem Geſammtkreiſe der Zuſage liegt (hoc esse servandum quod actum est; fr. 2 §. 1 de her. vel act. vend. 18. 4); §. 3 eod. (Ulp.): sed et rerum ante venditionem donatarum pretia praestari aequitatis ratio exigit. — fr. 54 pr. locat. 19. 2 (Paul.): cum fideiussor in omnem causam se applicuit, aequum videtur ipsum quoque agnoscere onus usurarum. — 3) Beurtheilung der Zuſagen nach mittlerem Maaß; fr. 18 pr. de Aed. edict. 21. 1 (Gai.): haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur; fr. 2 §. 3 si quis cautionib. 2. 11. — 4) fr. 7 §. 10 de pact. 2. 14 (Ulp.): sed si fraudandi causa pactum factum dicatur, nihil praetor adicit: sed eleganter Labeo ait hoc aut iniquum esse aut supervacuum . inīquum si quod semel remisit creditor debitori suo bona fide, iterum hoc conetur destruere. — 5) Zuſage auf Zeit; fr. 52 §. 3 de pact. 2. 14 (Ulp.): produci ad perpetuam praestationem id pactum postulabatur: rescriptum est neque iure ullo neque aequitate tale desiderium admitti. — 6) Beurtheilung nach dem honestum; fr. 6 §. 3 de his qui not. inf. 3. 2 (Ulp.): ‚pactusve erit': pactum sic accipimus, si cum pretio quantocunque pactus est . alioquin et qui precibus inpetravit . . erit notatus . . . quod est inhumanum.

A. III. III. Einſtehen für das, und Anſprucherhebung gemäß dem, den Vorausſetzungen und Verhältniſſen eines Anderen Entſprechenden. — 1) fr. 3 §. 7 de cond. caus. dat. 12. 4 (Ulp.): si servus, qui testamento heredi iussus erat decem dare et liber esse, codicillis pure libertatem accepit et id ignorans dederit heredi decem, an repetere possit? et refert patrem suum Celsum existimasse repetere eum non posse: sed ipse Celsus naturali aequitate motus putat repeti posse . quae sententia verior est. — 2) fr. 31 §. 14 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): quibus administratio rerum [permittitur, eorum, ins.] culpam abesse praestare non inique dominum cogi (vgl. §. 11 eod.). — So auch Einſtehen nach den Vorausſetzungen des mit einem Sklaven unter Hinblick auf ſein Peculium Contrahirenden: fr. 32 de pecul. 15. 1 (Ulp.): sed licet hoc iure contingat, tamen aequitas dictat iudicium in eos dari

Digitized by Google

qui occasione iuris liberantur, ut magis eos perceptio quam intentio liberet: nam qui cum servo contrahit, universum peculium eius quod ubique est veluti patrimonium intuetur. Daher die Entſcheidung des fr. 37 §. 3 eod. (Iulian.): si actum sit de peculio cum eo qui usumfructum in servo habet et minus consecutus sit creditor, non est iniquum ut ex universo eius peculio, sive apud fructuarium sive apud proprietarium erit, rem consequatur. — 3) Man darf einem Anderen nicht die Verantwortung für eine Eventualität zuſchieben wollen, die unter der eigenen Hand ganz ebenſo eingetreten ſein würde; fr. 25 §. 4 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): wenn die zu redhibirende Sache beim Käufer beſchädigt worden iſt; Pedius ait aequum fuisse id duntaxat emptori imputari ex facto procuratoris et familiae, quod non fuit passurus servus nisi [ei, ins.] venisset: quod autem passurus erat etiam, si non venisset, in eo concedi emptori servi sui noxae deditionem, et eo, inquit, quod procurator commisit solum actionum praestandarum necessitatem ei iniungi. — 4) fr. 46 pr. de evict. 21. 2 (Afric.): ich kaufe eine Sache, nicht wiſſend daß ſie mit einem Uſusfruct belaſtet iſt, und tradire ſie weiter detracto usufructu [welche Detraction wegen Beſtehens eines anderweiten Uſusfructs nichtig iſt]; fällt dann der Uſufructuar hinweg, ſo kehrt der Uſusfruct zum Eigenthümer (dem von mir Erwerbenden) zurück; ich aber kann gegen meinen Verkäufer wegen Eviction klagen: quia aequum sit eandem causam meam esse quae futura esset, si tunc usufructus alienus non fuisset. — 5) fr. 43 in fin. de act. empt. 19. 1 (Paul.): Beim Evictionsanſpruch Auslagen auf den evincirten Sklaven nach den Verhältniſſen des Verkäufers: plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa . . ., iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem. — 6) Man darf einem Anderen nicht das eigene Handeln aufzwängen wollen, wenn er ſagen kann, er würde anders gehandelt haben; fr. 1 de solut. 46. 3 (Ulp.): et quod dixerit, id erit solutum: possumus enim certam legem dicere ei quod solvimus . quotiens vero non dicimus in quod solutum sit, in arbitrio est accipientis cui potius debito acceptum ferat, dummodo in id constituat solutum in quod ipse si deberet esset soluturus .... aequissimum enim visum est creditorem ita agere rem debitoris ut suam ageret . fr. 2. 3 eod.: haec res efficit ut in duriorem causam semper videatur sibi debere accepto ferre: ita et in suo constituere nomine; fr. 23 §. 8 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): quid ergo, inquit Iulianus, si noluerit venditor hominem recipere? non esse co-

Digitized by Google

Beil.

A. III. gendum ait quicquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur: et hoc detrimentum sua culpa emptorem passurum, qui cum posset hominem noxae dedere, maluerit litis aestimationem sufferre. et videtur mihi Iuliani sententia humanior esse. — 7) fr. 5 §. 17 de instit. act. 14. 3 (Ulp.): si ab alio institor sit praepositus, is tamen decesserit qui praeposuit et heres ei extiterit, qui eodem institore utatur, sine dubio teneri eum oportebit. nec non, si ante aditam hereditatem cum eo contractum est, aequum est ignoranti dari institoriam actionem (fr. 17 §. 2. 3 eod.).

A. IV. IV. Einſtehen für die eigenen Facta, bezw. frühere Verfügungen. — 1) fr. 31 §. 17 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): quaeritur . . hoc tantum, an sit redhibitum . . . iniquum est enim, postquam venditor agnovit recipiendo mancipium esse id in causa redhibitionis, tunc quaeri, utrum debuerit redhiberi an non debuerit. — fr. 82 de solut. 46. 3 (Procul.): Hat der Mann divortio facto dem Dotalgeber [ohne frühere hierauf gerichtete Verabredung mit dieſem; aber nach iussus der Frau] die dos zurückgegeben antequam Seia (uxor) vetaret . . si nec causam habuisset existimandi id invita Seia facturum esse, nec melius nec aequius esse existimarem eum fundum Seiae reddi [der Mann kann hier annehmen, daß die Frau bei ihrer früheren Verfügung ſtehen bleibe]. — fr. 70 §. 1 de legat. II (31) (Papin.): Belaſtung eines Legatars eine res propria maioris pretii zu reſtituiren: non est audiendus legatarius, legato percepto (alſo ſein eigenes früheres Factum) si velit computare: non enim aequitas hoc probare patitur, si quod legatorum nomine perceperit legatarius offerat. — Danach auch der Vorzug des vom Selben früher Kaufenden; fr. 72 de rei vind. 6. 1: si a Titio fundum emeris Sempronii et tibi traditus sit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit et eundem alii vendiderit et tradiderit, aequius est, ut tu potior sis. nam et si ipse venditor eam rem a te peteret, exceptione eum summoveres; fr. 2 de exc. rei vend. et tr. 21. 3; fr. 4 §. 32 de doli exc. 44. 4. — 2) fr. 75 de reg. iur. 50. 17 (Papin.): nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam; — Beobachtung des in einer „Präpoſition" Feſtgeſtellten: fr. 11 §. 5 de institor. act. (Ulp.): Condicio autem praepositionis servanda est . . . aequissimum erit id servari, in quo praepositus est; fr. 20 eod. (Scaev.): respondit nec iure his verbis obligatum nec aequitatem conveniendi eum superesse, cum id institoris officio ad fidem mensae protestandam scripsisset. — fr. 3 §. 1 de pollicit. 50. 12 (Ulp.): si

Digitized by Google

quis quam ex pollicitatione tradiderat rem municipibus vindicare velit, repellendus est a petitione: aequissimum est enim huiusmodi voluntates in civitates collatas paenitentia non revocari. — 3) fr. 155 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): factum cuique suum, non adversario nocere debet; fr. 203 eod. (Pomp.): quod quis ex culpa sua damnum sentit, non intelligitur [damnum, del.] sentire; fr. 17 pr. de noxal. act. 9. 4 (Paul.): illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiatur; fr. 14 §. 3 quod met. caus. 4. 2 (Ulp.): nec cuiquam iniquum videtur ex alieno facto alium in quadruplum condemnari, quia non statim quadrupli est actio, sed si res non restituatur; fr. 14 §. 2 de pec. const. 13. 5 (Ulp.): si mora interveniente, aequum est teneri eum qui constituit; und zwar entſcheidet die ſpätere mora: fr. 18 (17) de peric. et comm. 18. 6 (Pompon.): sed si per emptorem mora fuisset, deinde cum omnia in integro essent, venditor moram adhibuerit cum posset se exsolvere, aequum est posteriorem moram venditori nocere. — 4) Umgekehrt das precär Verfügte kann man revociren; fr. 2 §. 2 de precar. 43. 26 (Ulp.): et naturalem habet in se aequitatem, [namque precarium revocare volenti competit, del.]. est enim natura aequum tamdiu te liberalitate mea uti quamdiu ego velim, et ut possim revocare cum mutavero voluntatem. Für Derartiges wird auch der Ausdruck fas (§. 10 A. 4 —6) feſtgehalten: fr. 32 §. 2 de don. int. vir. et ux. (Ulp. — Antonin. ante excess. D. Severi): fas esse eum quidem qui donavit [posse, ins.] paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse. — Worüber man nicht verfügt hat, das kann auch nicht betroffen ſein: fr. 9 §. 3 de transact. 2. 15 (Ulp.): in his tantum transactio obest ... de quibus actum probatur: nam iniquum est perimi pacto id de quo cogitatum non docetur. A. IV.

V. Einklang zwiſchen dem eigenen Wiſſen (bezw. Wiſſenmüſſen) weſentlicher Umſtände und dem Handeln. — 1) fr. 48 §. 3 de Aedil. ed. 21. 1 (Pompon.): ei qui servum vinctum vendiderit, Aedilicium edictum remitti aequum est: multo enim amplius est id facere, quam pronuntiare in vinculis fuisse (der Käufer mußte es alſo wiſſen). §. 4 in aediliciis actionibus exceptionem opponi aequum est si emtor sciret de fuga aut vinculis aut ceteris rebus similibus, ut venditor absolvatur. — 2) fr. 7 pr. §. 1 de doli exc. 44. 4 (Ulp.): si pecuniam, quam me tibi debere existimabam, iussu tuo spoponderim ei cui donare volebas, und: si ei, quem creditorem A. V.

Digitized by Google

Beil.

A. V. tuum putabas, iussu tuo pecuniam, quam me tibi debere existimabam, promisero, — so wird nach Aequität exceptio doli und condictio auf Liberirung gegeben: et habet haec sententia Iuliani humanitatem.

A. VI. VI. Berücksichtigung des probabelen Willens in nicht wiederherstellbaren Sachlagen. — 1) Eine Mutter, die ihre zwei Söhne instituirt hat, und im Kindbett des dritten gestorben ist, gilt nach Aequität als diesen institutirthabenwollend: l. 3 C. de inoff. test. 3. 28 (Sever. 197): repentini casus iniquitas per coniecturam maternae pietatis emendanda est. — 2) fr. 13 pr. de lib. et post. 28. 2 (Iulian.): secundum voluntatem testantis . . . licet enim suptili iuris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad huiusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est.

A. VII. VII. Vor Eintritt irgendwelchen Verantwortlichkeitsverhältnisses trägt man keinen Schaden. — fr. 12 (9) §. 6 (9) de adm. rer. ad civ. 50. 8 (Papir. Iust.): item rescripserunt nominum, quae deteriora facta sunt tempore curatoris, periculum ad ipsum pertinere: quae vero antequam curator fieret idonea non erant, aequum videri periculum ad eum non pertinere.

A. VIII. VIII. Factischer Irrthum ist entschuldbar, nicht aber Rechtsirrthum. — fr. 9 §. 5 de iur. et fact. ign. (Paul. — Sever. et Anton.): sciant ignorantiam facti non iuris prodesse, nec stultis solere succurri sed errantibus. Daher wäre es gegen die Aequität, wenn das rechtsirrthümlich Gegebene sollte rückgängig gemacht werden können: cum sit utrumque iniquum, pecuniam quae ad opus aquaeductus data est repeti, et rempublicam ex corpore patrimonii sui impendere in id opus quod totum alienae liberalitatis gloriam repraesentet.

A. IX. IX. Inanspruchnahme des demnächst Zurückzugebenden ist nicht gestattet. — 1) fr. 173 §. 3 de reg. iur. (Paul.): Dolo facit qui petit quod redditurus est; daher: fr. 59 pr. de Aed. ed. (Ulp.): cum in ea causa est venditum mancipium, ut redhiberi debeat, iniquum est venditorem pretium redhibendae rei consequi; vgl. übrigens fr. 44 §. 1 sol. matr. 24. 3 (Paul.): absurde dicitur dolo videri eum facere, qui non ipsi quem convenit sed alii restituturus petit. — 2) fr. 8 de doli mal. exc. 44. 4 (Paul.): Dolo facit qui petit quod redditurus est. Sic si heres damnatus sit non petere a debitore, potest uti exceptione doli mali debitor et agere ex testamento. [Dagegen die Compensation ist nicht auf den Satz dolo facit zurückzuführen; Eisele Comp. (1876) S. 232.]

A. X. X. Man soll aus eigenem (bezw. der Seinigen) Delict keinen

Digitized by Google

Gewinn ziehen dürfen. — 1) fr. 134 §. 1 de reg. iur. 50. 17 (Ulp.): nemo ex suo delicto meliorem suam condicionem facere potest; fr. 63 §. 7 pro socio 17. 2 (Ulp.): nec enim aequum est dolum suum quemquam relevare; fr. 3 §. 12 de pecul. 15. 1 (Ulp.): iniquissimum est ex furto servi dominum locupletari impune; fr. 149 de reg. iur. 50. 17 (Ulp.): ex qua persona quis lucrum capit, eius factum praestare debet. — 2) fr. 10 §. 1 sol. matr. 24. 3 (Pompon.): si vir uxorem suam occiderit, dotis actionem heredibus uxoris dandam esse Proculus ait, et recte: non enim aequum est virum ob facinus suum dotem sperare lucrifacere. — 3) fr. 49 §. 1 eod. (Paul.): Dem Ehemann iſt eine Sache äſtimirt in dotem gegeben, die ihm vom Pfandgläubiger evincirt wird, [pro, ins.] praedio evicto sine dolo et culpa viri, pretium [venditae dotis] petenti mulieri doli mali exceptionem obesse: . . . consequi eam pretium fundi evicti evidens iniquitas est, cum dolus patris ipsi nocere debeat. — 4) fr. 28 de noxal. act. 9. 4 (Afric.): Gegenüber Dem, der vom bon. fid. possessor die Sache durch noxae deditio erhalten hat, würde der dominus ſich inique bereichern, wenn dieſer die Sache ohne Oblation der litis aestimatio vindiciren könnte: alioquin, si aliter constituatur, futurum ut summa iniquitate bonae fidei possessor adficiatur, si, cum ipso iure noxalis actio adversus eum competit, necessitas ei imponatur, ut litis aestimationem sufferat. A. X.

XI. Mißbilligung der calliditas und protervitas, auch da, wo Rechtsbeſtimmungen fehlen bezw. erſt noch zu erlaſſen ſind, oder wo der Geſichtspunkt der bona fides nicht ausreicht. — 1) Die natürliche Aequität ergiebt gewiſſe, vom Recht verſchiedene, Geſichtspunkte in Betreff des Schändlichen und des Ehrenhaften; fr. 42 de verb. sign. 50. 16 (Ulp.): probra quaedam natura turpia sunt, quaedam civiliter et quasi more civitatis. ut puta furtum, adulterium natura turpe est: enimvero tutelae damnari hoc non natura probrum est, sed more civitatis: nec enim natura probrum est, quod potest etiam in hominem idoneum incidere. Umgekehrt: fr. 144 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): non omne quod licet honestum est; fr. 10 §. 1 de in ius voc. 2. 4 (Ulp.): honorem haberi ei aequum non est. — 2) fr. 1 pr. §. 1 si is qui test. lib. 47. 4 (Ulp.): haec actio . . naturalem potius in se quam civilem habet aequitatem, si quidem civilis deficit actio [vgl. oben §. 36 A. 4] . . . e re itaque esse praetor putavit calliditatem et protervitatem horum, qui hereditates depopulantur, dupli actione coercere. — 3) fr. 10 §. 6 de in rem verso 15. 3 (Ulp.): aequissimum autem est de dolo malo ad- A. XI.

Digitized by Google

Beil.

A. XI. versus patrem vel dominum competere actionem; fr. 36 de pecul. (Ulp.): In bonae fidei contractibus quaestionis est . . . non solum de peculio, sed et si quid praeterea dolo malo patris capta fraudataque est mulier, competere actionem: nam si habeat res nec restituere sit paratus, aequum est eum quanti ea res est condemnari . . . videtur autem dolo facere dominus, qui, cum haberet restituendi facultatem, non vult restituere. — 3) fr. 1 §. 2 ad SC. Velleian. 16. 1 (Paul.): aequum autem visum est ita mulieri succurri, ut in veterem debitorem aut in eum, qui pro se constituisset mulierem ream, actio daretur: magis enim ille quam creditor mulierem decepit; daher die Vorausſetzung in fr. 2 §. 3 eod. (Ulp.): si non callide sint versatae: nam deceptis non decipientibus opitulatur; fr. 23. 30 pr. eod.; danach auch fr. 7 eod.: non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem; und fr. 14 eod.: si mulier contra SCtum intercesserit, aequum est, non solum in veterem debitorem sed et in fideiussores eius actionem restitui. — 4) Einbringen des aus Delicten Gewonnenen in die Societät und Rücknahme ſeitens des aus dem Delict belangten Thäters; fr. 53—55 pro socio 17. 2 (Ulp.): non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum; . . . quod contulit . . solum auferet, si mihi proponas insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet. aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum. — 5) fr. 31 §. 1 depositi 16. 3 (Tryphon.): bonam fidem inter eos tantum, quos contractum est, nullo extrinsecus adsumpto aestimare debemus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id quod geritur pertinet? (vgl. oben §. 36 A. 5) . . si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is qui dedit. si totius rei aequitatem . . . mihi reddenda sunt, cui facto scelestissimo adempta sunt. — 6) fr. 31 §. 9 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): Pomponius ait, si unus ex heredibus [des Käufers; — in Betreff der zu rehibirenden Sache] vel familia eius vel procurator culpa vel dolo fecerit rem deteriorem, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis; fr. 17 pr. in f. de noxal. act. 9. 4 (Paul.): illud iniquum est eum, qui iussit servum facere, consequi aliquid a socio, cum ex suo delicto damnum patiatur. — 7) fr. 8 §. 8 mand. 17. 1 (Ulp. — rescr. div. fratr.): si hi qui pro te fideiusserant, in maiorem quantitatem damnati, quam debiti ratio exigebat, scientes

Digitized by Google

et prudentes auxilium appellationis omiserunt, poteris mandati agentibus his aequitate iudicis tueri te ... si scierunt, incumbebat eis necessitas provocandi, ceterum dolo versati sunt, si non provocaverunt. — 8) fr. 8 de in litem iur. 12. 3 (Marcell.): non est aequum pretio, i. e. quanti res est, litem aestimari, cum et contumacia punienda sit et arbitrio potius domini rei pretium statuendum sit potestate petitori in litem iurandi concessa. — 9) fr. 1 §. 2 de Aedil. ed. 21. 1 (Ulp.): causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicunque decepti a venditoribus fuerint: dummodo sciamus venditorem, etiamsi ignoravit ea quae aediles praestari iubent, tamen teneri debere. nec est hoc iniquum: potuit enim ea nota habere venditor: neque [enim, del.] interest emptoris cur fallatur, ignorantia venditoris an calliditate; fr. 17 §. 19 eod. (Ulp.): aequissimum erit etiam hoc praedici. A. XI.

XII. Geſchützte oder begünſtigte Stellung gewiſſer Perſonen oder Verhältniſſe. — 1) §. 6 I. de Atil. tut. 1. 20: Impuberes autem in tutela esse naturali iuri conveniens est, ut is qui perfectae aetatis non sit, alterius tutela regatur; [naturalis ratio und naturalis aequitas coincidiren hier, begrifflich immer ſcheidbar, in demſelben Punkte: naturalis ratio iſt die real gegebene Schutzloſigkeit des vom Vater nicht mehr geſchützten Kindes (vgl. oben §. 8 Nr. 1, Gai. I. 189); naturale ius iſt das zur Ausfüllung dieſer Lücke als tutela für den qui perfectae aetatis non est aufgeſtellte ius; der Gedanke aber, daß man überhaupt möglichſt die Lage des Schützlings mit dem defectloſen menſchlichen Zuſtande ausgleichen will, iſt ein Humanitäts- oder Aequitätsgedanke]; fr. 1 pr. de minorib. 4. 4 (Ulp.): hoc edictum praetor naturalem aequitatem secutus proposuit, quo tutelam minorum suscepit; fr. 7 de i. i. r. 4. 1 (Marcell.) [fr. 183 de reg. iur.]: boni praetoris est potius restituere litem, ut et ratio et aequitas postulabit; fr. 23 §. 1. 2 quod met. c. 4. 2; fr. 13 pr. de minorib. 4. 4 (Ulp.): non est aequum, fideiussori in necem meam subveniri; fr. 40 §. 1 eod. (Ulp.): ad suam aequitatem per in integrum restitutionem revocanda res est; fr. 21 §. 2; fr. 28 §. 6; fr. 30 pr.; fr. 38 §. 1 [Ulp.: „habebitur ratio humanitatis“] ex quib. caus. mai. 4. 6; fr. 24 §. 1 de minorib. (Paul.): ad bonum et aequum redigenda sunt; fr. 7 §. 3 de cap. min. 4. 5 (Paul.): Item cum civitas amissa est, nulla restitutionis aequitas est adversus eum, qui amissis bonis et civitate relicta nudus exulat. — 2) fr. 2 §. 1 ad SC. Velleian. 16. 1 (Paul.): cum eas virilibus officiis fungi et eius generis obligationibus obstringi A. XII.

Digitized by Google

Beil.

A. XII. non sit aequum; fr. 32 pr. eod. (Pompon.): si mulier hereditatem alicuius adeat, ut aes alienum eius suscipiat, vix est ut succurri ei debeat, nisi si fraude creditorum id conceptum sit: nec enim loco minoris viginti quinque annis circumscripti per omnia habenda est mulier. — 3) fr. 12 §. 2 de tut. et cur. dat. 26. 5 (Ulp. — div. Pius): nam aequum est prospicere nos etiam eis, qui quod ad bona ipsorum pertinet furiosum faciunt exitum. — 4) fr. 13 §. 1 de don. int. vir. et ux. 24. 1 (Ulp. — Comp.?): cum igitur [autem] deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari; fr. 56 sol. matr. 24. 3 (Paul.): humanius quid id competere dixerit, quod propter mortem convenit; fr. 10 de inoff. test. 5. 2 (Marcell.): humanius erit sequi eius partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit. — fr. 85 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): in ambiguis pro dotibus [vgl. oben §. 32 Nr. 6] respondere melius est (fr. 70 de iure dot.). — 5) fr. 25 de legib. 1. 3 (Modest.): nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur [vgl. oben §. 32 A. 3], ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem [vgl. §. 35 A. 2]; fr. 1 pr. de vacatione 50. 5 (Ulp.): omnis excusatio sua aequitate nititur.

A. XIII. XIII. Möglichſte Bewahrung der Einzelfreiheit und der activen Spontaneität der Perſönlichkeit. — 1) fr. 122 de reg. iur. 50. 17 (Gai.): libertas omnibus rebus favorabilior est; fr. 209 eod. (Ulp.): servitutem mortalitati fere comparamus; fr. 20 eod. (Pompon.): quotiens dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit; fr. 176 §. 1 eod. (Paul.): infinita aestimatio est libertatis et necessitudinis; [es iſt oben §. 9 bei A. 7 gezeigt worden, daß die Römer, während ſie unbedenklich die Thierbändigung und das ex hostibus capere auf die naturalis ratio zurückführen, vor der Rechtfertigung des captus hostis aus der naturalis ratio zurückſchrecken und danach die Sklaverei wohl rechtlich, aber nur iure gentium, begründet anſehen. Dieſe rechtliche Begründung hat gerade das Element der ſtreng-gleich urtheilenden Aequität des Kriegsſtandpunktes zur Baſis. Damit ſteht für das Alterthum nicht im Widerſpruch die andere Aequitätsſeite (die Clemenz), wonach man in lebhaftem Mitgefühl für das ſchreckliche Sklavenloos die Härte des Sklavenverhältniſſes möglichſt zu mildern ſuchte, und die libertas für eine Sache der publica utilitas erklärte; vgl. §. 32 Nr. 5]; fr. 2 de his qui sui vel al. iur. 1. 6 (Ulp. — rescr. div. Pii): dominorum quidem potestatem in suos servos illibatam

Digitized by Google

esse oportet nec cuiquam hominum ius suum detrahi: sed dominorum interest ne auxilium contra saevitiam . . . denegetur . . . si vel durius habitos quam aequum est . . cognoveris. — 2) fr. 179 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): in obscura voluntate manumittentis favendum est libertati; fr. 10 (11) §. 1 de reb. dub. 34. 5 (Ulp.): sin autem hoc incertum est, nec potest nec per suptilitatem iudicialem manifestari, in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet, ut tam ipsa libertatem consequatur quam filia eius ingenuitatem. — 3) fr. 12 §. 9 de captiv. 49. 15 (Tryphon.): Es redimirt Jemand einen servus captus ab hostibus, und erwirbt dadurch das Eigenthum, das aber der frühere dominus durch Preisofferte zurückholen kann (§. 7 eod.). War der Redimirende ignorans captivum, existimans vendentis esse, so kann derselbe dem früheren dominus das Wiedereinlösungsrecht abusucapiren (§. 8 eod.). Hat aber der Redimirende den Sklaven freigelassen, so fragt sich, ob derselbe nun frei wird oder in das ius des früheren dominus zurückkehrt? . . . in liberis aliter erat: non enim postliminio revertebatur, nisi qui hoc animo ad suos venisset ut eorum res sequeretur illosque relinqueret a quibus abisset: quia, ut Sabinus scribit, de sua civitate cuique constituendi facultas libera est, non de dominii iure. — verum hoc non multum onerat praesentem inspectionem, quia hostium iure manumissio obesse civi nostro domino servi non potuit, at is de quo quaeritur lege nostra, quam constitutio fecit [das Gesetz über die Redemtion], civem Romanum dominum habuit [den Redimenten], et an ab eo possit libertatem adsequi tractamus. quid enim si nunquam ille [der frühere dominus] pretium eius offerat? si nec conveniendi eius sit facultas? [liber] is erit servus, qui nullo merito suo poterit a domino libertatem consequi? [d. h. soll dies ein Sklav sein, der trotz der größten Verdienste von seinem Herrn (dem Redimenten) die Freiheit nicht erhalten könnte?] quod est iniquum et contra institutum a maioribus libertatis favorem. certe et veteri iure [d. h. vor dem Gesetz über die Redemtion], si ab hoc, qui sciens alienum esse redemisset, alius bona fide emisset, usucapere ad libertatemque perducere potuit, et iste quoquo modo prior dominus, qui ante captivitatem fuerat, ius suum amittebat. quare igitur iste non habet ius manumittendi? — 4) fr. 12 §. 5 de captiv. 49. 15 (Tryphon.): Codicilli, si quos in tempore captivitatis scripserit, non creduntur iure suptili confirmati testamento quod in civitate fecerat . . . sed quia merum principium eorum in civitate constituto captivo factum est, i. e. in testamento confirmatio codicillorum, et is postea

Digitized by Google

Beil.

A. XIII. reversus est et postliminio ius suum recepit, humanitatis rationi congruum est eos codicillos ita suum effectum habere, quasi in medio nulla captivitas intercessisset [vgl. über die Interpolation die Mommsen'sche Ausgabe]. — 5) Verlangen Adoptirter auf Emancipation; fr. 32. 33 de adopt. 1. 7 (Marcian.): et si pubes factus non expedire sibi in potestatem eius redigi probaverit, aequum esse emancipari eum a patre adoptivo atque ita pristinum ius reciperare. — 6) fr. 6 pr. de pignor. act. 13. 7 (Pompon.): invitum enim creditorem cogi vendere satis inhumanum est; fr. 19 mand. 17. 1 (Ulp.): sed esse inhumanissimum Pomponius ait ex facto servi mei cogi me servum recipere, quem in perpetuum alienari volueram; fr. 58 §. 1 eod. (Paul.): sed cum proponas eum afuisse, iniquum est auferri ei electionem (sicut pignus aut privilegium), qui potuit praesens id ipsum proclamare nec desiderare decretum praetoris; fr. 60 §. 4 de ritu nupt. 23. 2 (Paul.): eine Beschränkung im Heirathen ist eng zu interpretiren; liegen also die factischen Voraussetzungen der Beschränkung nicht vor, so ist sie, auch wenn dies erst hinterdrein erkannt wird, als nicht vorhanden zu betrachten: iniquum enim est propter dilationem, quae forte non dolo sed quae ex necessitate contingit, non excusari vel nuptias impediri excusatione recepta; fr. 8 de impens. in res dot. 25. 1 (Paul.): utilium nomine ita faciendam deductionem quidam dicunt, si voluntate mulieris factae sint: iniquum enim esse compelli mulierem rem vendere, ut impensas in eam factas solveret, si aliunde solvere non potest: quod summam habet aequitatis rationem; fr. 11 §. 2 de act. rer. am. 25. 2 (Ulp.): iurare autem tam vir quam uxor cogetur. pater autem amoventis iurare non cogitur, cum iniquum sit de alieno facto alium iurare; fr. 1 §. 8 de inspic. ventre 25. 4 (Ulp.): das Verlangen des Mannes, seine Frau wegen Schwangerschaft untersuchen zu lassen, kann schon als zu große Beeinträchtigung der Persönlichkeit und also als Injurie erscheinen, wofern nicht nach besonderen Gründen die subjectivschätzende Aequität sich entschuldigend auf die Seite des Mannes stellt: aequissimum erit ignosci marito; fr. 3 pr. de lege Iul. de ann. 48. 12 (Pap. Iust.): Impp. Ant. et Ver. Augg. in haec verba rescripserunt: minime aequum est decuriones civibus suis frumentum vilius, quam annona exigit, vendere; fr. 3 §. 6 de iure fisc. 49. 14 (Callistr. — rescr. d. Hadr.): valde inhumanus mos est iste, quo retinentur conductores vectigalium publicorum et agrorum, si tantidem locari non possint.

Digitized by Google

XIV. Aequität auf Grund der naturalis ratio. — 1) fr. 8 de reg. iur. 50. 17 (Pompon.): iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt; fr. 5 de agnosc. et al. lib. 25. 3 (Ulp.) §. 2: magis est, ut utrobique se iudex interponat . . et cum ex aequitate haec res descendat caritateque sanguinis [die Blutsgemeinschaft, die caritas sanguinis, ist die real zum Grunde liegende naturalis ratio, woraus sich educatio und Ernährung der Kinder, aber auch nach dem regelmäßig bestehenden Caritätsgefühl die Ernährung umgekehrt der Eltern ergiebt, vgl. oben §. 5 Nr. 4; die subjectivschätzende Humanität trifft hier mit dem, was schon nach der realen Naturordnung factisch geübt wird, als sittliche Pflicht (officium pietatis), als naturalis aequitas, zusammen, und es ist officium iudicis die Grenzen dieser Aequität je nach den Verhältnissen genauer zu bemessen], singulorum desideria perpendere iudicem oportet. §. 13 iniquissimum enim quis merito dixerit patrem egere, cum filius sit in facultatibus. §. 15 exhibendos parentes esse pietatis exigit ratio. §. 16 parens quamvis ali a filio ratione naturali debeat, tamen aes alienum eius non esse cogendum exsolvere filium rescriptum est. §. 17 . . heredes filii ad ea praestanda, quae vivus filius ex officio pietatis suae dabit, invitos cogi non oportere. — 2) Gleichartig wie die Begründung in Nr. 1, aber freilich unter der Nothwendigkeit der Herbeiziehung noch anderer wesentlicher Elemente, gestaltet sich auch die dogmatisch analysirende Begründung des Erbrechts. Die Ehe nach ihrer realen Seite (s. oben §. 5) erfüllt den Zweck der Fortpflanzung des Menschengeschlechts. Die Generationen der Eltern und Kinder stehen also zu einander nach der realen Naturordnung in dem Verhältniß der Aufeinanderfolge. Auf Grund dieser naturalis ratio urtheilt die naturalis aequitas, daß auch zu dem Gute, das sich die Eltern bei ihren Lebzeiten gesammelt haben, die Kinder vor allen anderen Menschen die Nächsten sind. Aber namentlich der Charakter unserer indogermanischen Völkerfamilie hat dafür gesorgt, daß dieser „rein natürliche" Gesichtspunkt, wenn auch als Grundlage nie völlig verlassen, doch in der historisch-nationalen Entwicklung sehr zugedeckt worden ist. Der Zustand kampfbereiter Selbsthülfe, aus dem sich die Indogermanen allmälig emporgerungen haben, brachte es mit sich, daß der Hauptgesichtspunkt der des waffenfähigen Hausvaters und also auch des succedirenden waffenfähigen Sohns als Fortsetzers des Hauses wurde. Nicht ein Rechtssatz schafft ihm ursprünglich die Succession, sondern er nimmt mit seiner manus das Gut des Vaters, die mehren Söhne verwenden das Gottesurtheil des Looswerfens bei der Erbtheilung, und was man so mit der „manus" erhalten, davon ist man der „heres". Die über die Perpetuirung der Sacra (sradd'ha) wachenden Priester haben von Urzeiten her dafür gesorgt, der Succession einen geheiligten Charakter beizulegen. Auch die weitere Successions-

Digitized by Google

Beil.

A. XIV. frage über die Kinder hinaus hat danach einen gleichartigen (agnatiſchen) Charakter bekommen, den des Ueberwiegens beſonderer civiles rationes über die zum Grunde liegende, durch naturalis ratio (ratio sanguinis) geſtützte, naturalis aequitas. Erſt allmälig hat ſich dann in der Entwicklung des römiſchen Erbrechts die directe Baſirung der Succeſſion auf die sanguinis ratio wieder ſtärker geltend gemacht; fr. 2 unde cogn. 38. 8 (Gai.): hac parte proconsul naturali aequitate motus omnibus cognatis promittit bonorum possessionem, quos sanguinis ratio vocat ad hereditatem, licet iure civili deficiant; fr. 6 si tab. test. null. 38. 6 (Ulp.): et rei aequitas et causa edicti, quo de bonorum possessione liberis danda cavetur, efficit, ut eius ratio habeatur et bonorum possessio intestato patris detur. — 3) Eine bedeutende Anzahl weiterer erbrechtlicher Normen ſtützt ſich auf die ſubjectiv-ſchätzende Aequität; fr. 1 §. 4 de suis et leg. 38. 16 (Ulp.): si filius suus heres esse desiit, in eiusdem partem succedunt omnes nepotes neptesque ex eo nati qui in potestate sunt: quod naturali aequitate contingit; fr. 5 pr. ad SC. Tertull. 38. 17 (Paul.): aequissimum visum est omnes filios matri praeferri; fr. 1 pr. de collat. bon. 37. 6 (Ulp.): hic titulus manifestam habet aequitatem [Glück-Leiſt Comm. III S. 207 ff.]; fr. 5 de inoff. test. 5. 2 (Marcell.); cum testamentum inique ordinaret; fr. 50 fam. erc. 10. 2 (Ulp.): in rationem portionis, quae ex defuncti bonis ad eundem filium pertinuit, computari aequitas non patitur [Glück-Leiſt Comm. III S. 436 ff.]: fr. 6 de coll. bon. (Cels.): occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim [Glück-Leiſt Comm. III S. 351 ff.]; fr. 1 §. 1 de coniung. 37. 8 (Ulp.): hoc edictum aequissimum est; fr. 1 pr. de legat. praest. 37. 5 (Ulp.): hic titulus aequitatem quandam habet naturalem; fr. 7 §. 2 de bon. damn. 48. 20 (Paul.): ex bonis damnatorum portiones adoptivis liberis, si non fraudis causa facta est adoptio, non minus quam naturalibus concedi aequum est; fr. 6 pr. de religios. 11. 7 (Ulp.): exheredatis autem, nisi specialiter testator iusto odio commotus eos vetuerit, humanitatis gratia tantum sepeliri, non etiam alios praeter suam posteritatem inferre licet; fr. 7 §. 1 si tab. test. null. 38. 6 (Papin.): Nec sic parentibus liberorum ut liberis parentium debetur hereditas: parentes ad bona liberorum ratio miserationis admittit, liberos naturae simul et parentium commune votum.

Digitized by Google

B. Objectivausgleichende Aequität.

Beil. B. I.

I. Allgemeiner Satz. — 1) fr. 206 de reg. iur. 50. 17 (Pompon.): Iure naturae [der Ausdruck ius naturae oder ius naturale ist bei den Römern dogmatisch ganz unbezeichnend; er bedeutet lediglich eine auf ein naturale gestützte Norm; dieses naturale kann naturalis ratio sein (was das Gewöhnliche ist); es kann aber auch, wie in vorliegender Stelle (und unten Nr. C. I 1 u. VI 3), darunter ein Satz der naturalis aequitas verstanden werden; ius naturale kommt auch im subject. Sinn vor: fr. 8 §. 7 de b. p. c. t. 37. 4, fr. 4 si tab. test. null. 38. 6] aequum est, neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorem; fr. 6 §. 2 de iure dot. 23. 3 (Pompon.): quia bono et aequo non conveniat aut lucrari aliquem cum damno alterius aut damnum sentire per alterius lucrum; fr. 17 §. 4 de instit. act. 14. 3 (Paul.): nam videri me dolum malum facere, qui ex aliena iactura lucrum quaeram; fr. 13 §. 1 de cond. ind. 12. 6 (Paul.): item quod pupillus sine tutoris auctoritate mutuum accepit et locupletior factus est, si pubes factus solvat, non repetit; fr. 14 eod. (Pomp.): nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem; fr. 15 eod. (Paul.): indebiti soluti condictio naturalis est (d. h. sie ruht auf dem in fr. 14 eod. ausgesprochenen Aequitätssatze) et ideo etiam quod rei solutae accessit venit in condictionem; fr. 38 de her. pet. 5. 3 (diese Studien II S. 43); fr. 11 §. 2 de pecul. 15. 1 (Ulp.): naturalia enim debita spectamus in peculii deductione: est autem natura aequum liberari filium vel servum obligatione eo quod indebitum videtur exegisse. — 2) fr. 16 de iure dot. 23. 3 (Ulp.): quotiens res aestimata in dotem datur, evicta ea virum ex empto contra uxorem agere, et quidquid eo nomine fuerit consecutus dotis actione soluto matrimonio ei praestare oportet. quare et si duplum forte ad virum pervenerit, id quoque ad mulierem redigetur. quae sententia habet aequitatem, quia non simplex venditio sit, sed dotis causa, nec debeat maritus lucrari ex damno mulieris: sufficit enim maritum indemnem praestari, non etiam lucrum sentire; fr. 64 pr. sol. matr. 23. 3 (Ulp.): debet uxori restituere quidquid ad eum pervenit. §. 2 plane si operae fuerint [a, ins.?] marito exhibitae, non aestimatio eorum, non erit aequum hoc nomine uxori maritum quippiam praestare; — fr. 1 §. 27. 28 depos. 16. 3 (Ulp.): non solum si servus meus, sed et si is qui bona fide mihi serviat rem deposuerit, aequissimum erit dari mihi actionem si rem ad me per-

Digitized by Google

Beil.

B. I. tinentem deposuit; (cf. fr. 25 §. 1 de usufr. 7. 1). — 3) Dagegen wo es ſich nicht um lucrari des Einen aus dem damnum des Anderen handelt, motivirt auch die Aequität keinen Ausgleich; hier bleibt der Zuſtand alſo wie er iſt; fr. 128 pr. de reg. iur. 50. 17 (Paul.): in pari causa possessor potior haberi debet; fr. 126 §. 2 eod. (Ulp.): cum de lucro duorum quaeratur, melior est causa possidentis.

B. II. II. Gleichheit der Eventualitäten. Für den Vortheil aus einem Verhältniß muß man auch die damit verbundenen Ausgaben und überhaupt das einſchlagende damnum oder onus übernehmen, und umgekehrt: ſoll man das damnum eines Verhältniſſes tragen, ſo muß man auch am lucrum theilnehmen dürfen. — 1) fr. 10 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): Secundum naturam est commoda cuiusque rei eum sequi, quem sequuntur incommoda. — 2) fr. 5 §. 12 Commod. 13. 6 (Ulp.): Jemandem iſt eine Sache commodirt worden, damit er ſie ſeinem Gläubiger verpfände: sumptum plane litis ceteraque aequum est eum adgnoscere, qui commodatum accepit; fr. 63 §. 5 pro socio 17. 2 (Ulp.): ad communicandas partes inter eos i. e. exaequandas, quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus alium minus consequi. et magis est, ut pro socio actione consequi possit, ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem; fr. 12 §. 9 mand. 17. 1 (Ulp.): si quid .. mandaveris et in id sumptum fecero .. aequissimum enim erit rationem eius rei haberi; fr. 22 §. 4, fr. 29 §. 6, fr. 45 §. 4 („humanius est") §. 5 („est aequum") eod.; fr. 46 §. 6 de procur. 3. 3 (Gai.): litis impendia bona fide facta vel ab actoris procuratore vel a rei debere ei restitui aequitas suadet. — 3) fr. 29 §. 2 pro socio 17. 2 (Ulp.): iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet. — 4) fr. 81 pr. pro socio (Papinian.): si forte convenisset inter socios, ut de communi dos constitueretur. dixi pactum non esse iniquum, utique si non de alterius tantum filia convenit: nam si commune hoc pactum fuit, non interesse quod alter solus filiam habuit. ceterum si numeratam dotem pater defuncta in matrimonio filia reciperasset, reddi pecuniam societati debuisse, pactum ex aequitate sic nobis interpretantibus; fr. 2 pr. de lege Rhod. 14. 2 (Paul.): aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent. — 5) fr. 25 §. 6 locati 19. 2 (Gai.): vis maior, quam Graeci *θεοῦ βίαν* appellant, non debet conductori damnosa esse, si plus quam tolerabile est laesi

Digitized by Google

fuerint fructus (cf. fr. 15 §. 2 eod.): alioquin modicum B. II. damnum aequo animo ferre debet colonus, cui immodicum lucrum non aufertur; fr. 42 de act. empt. 19. 1 (Paul.): si exiguus modus silvae desit et plus in vineis habeat, quam repromissum est. an non facit dolo qui iure perpetuo utitur? nec enim hic quod amplius in modo invenitur, quam alioquin dictum est, ad compendium venditoris sed ad emptoris pertinet: et tunc tenetur venditor cum minor modus invenitur. videamus tamen ne nulla querela sit emptoris in eodem fundo, si plus inveniat in vinea quam [vel] in prato, cum universus modus constat . . . sed rectius est in omnibus supra scriptis casibus lucrum cum damno compensari, et si quid deest emptori sive pro modo sive pro qualitate loci, hoc ei resarciri. — 6) fr. 7 pr. de iure dot. 23. 3 (Ulp.): dotis fructum ad maritum pertinere debere aequitas suggerit: cum enim ipse onera matrimonii subeat, aequum est eum etiam fructus percipere; fr. 16 de religios. 11. 7 (Ulp.): aequissimum enim visum est veteribus mulieres quasi de patrimoniis suis ita de dotibus funerari, et eum qui morte mulieris dotem lucratur in funus conferre debere. — 7) fr. 37 de her. pet. 5. 3 (Ulp.): quodsi sumptus quidem fecit, nihil autem fructuum percepit [die ſich nach naturalis ratio mit jenen decken; vgl. oben §. 2 Nr. 3. f. ε. bb], aequissimum erit rationem horum quoque in bonae fidei possessoribus haberi; fr. 48 de rei vind. 6. 1 (Papinian.): sumptus in praedium . . . a bonae fidei possessore facti neque ab eo qui praedium donavit neque a domino peti possunt, verum exceptione doli posita per officium iudicis aequitatis ratione servantur; fr. 65 pr. eod.

III. Beim Zuſammentreffen zweier ſich theilweiſe oder ganz B. III. deckenden Rechtsanſprüche kann nicht das materiell Identiſche zweimal geltend gemacht werden. Umgekehrt für das, was ſich nicht deckt, fordert die Aequität das Auseinanderhalten. — 1) fr. 14 §. 9 quod met. c. 4. 2 (Ulp.): sed et si quis per vim stipulatus, cum acceptum non faceret, fuerit in quadruplum condemnatus, ex stipulatu eum agentem adversus exceptionem replicatione adiuvari Iulianus putat, cum in quadruplo et simplum sit reus consecutus. Labeo autem etiam post quadrupli actionem nihilominus exceptione summovendum eum, qui vim intulit, dicebat: quod cum durum videbatur, ita temperandum est, ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilationem omnimodo facere compellatur; fr. 17 pr. de noxal. act. 9. 4 (Paul.): Der nichtwiſſende dominus eines delinquirenden Sklaven hat, verklagt, noxae gegeben: iniquum est

Beil.

B. III. vilissimi hominis deditione alterum [der wiſſende dominus] quoque liberari: igitur agetur et cum altero, et si quid amplius est in damni persecutione, consequetur computato pretio hominis noxae dediti; fr. 7 §. 1 Commod. 13. 6 (Ulp.): si adversus ipsum [außer der act. commodati] habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem: nisi forte quis dixerit agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est: quod videtur habere rationem; fr. 3 §. 10 (Ulp.), fr. 4 (Gai.) de in rem verso 15. 3: wenn der dominus an ſich doppelt mit der actio de in rem verso von zwei verſchiedenen Perſonen belangt werden kann, ſo iſt doch mit einmaliger Zahlung [Verurtheilung wie bei der act. de peculio, fr. 10 de peculio] die factiſche Ausgleichung ihm gegenüber erfolgt, und alſo melior condicio occupantis: unde incipit dominus teneri ex una causa duobus . . . sed dicendum est occupantis meliorem condicionem esse debere: nam utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est; fr. 34 pr. de o. et a. 44. 7 (Paul.): alii per legis Aquiliae actionem iniuriarum consumi, quoniam desiit bonum et aequum esse condemnari eum qui aestimationem praestitit: sed si ante iniuriarum actum esset, teneri eum ex lege Aquilia. sed et haec sententia per praetorem inhibenda est, nisi in id quod amplius ex lege Aquilia competit agatur: rationabilius itaque est eam admitti sententiam, ut liceat quam voluerit actionem prius exercere, quod autem amplius in altera est, etiam hoc [postea] exsequi (fr. 25 §. 5 locati 19. 2); fr. 10 §. 1 de pact. 2. 14 (Ulp.): (exceptio pacti de non pet. und actio aus der poenae stipulatio) Sabinus putat, quod est verius, utraque via uti posse prout elegerit qui stipulatus est: si tamen ex causa pacti exceptione utatur, aequum erit accepto eum stipulationem ferre. — 2) fr. 85 (84) pr. de her. inst. 28. 5 (Paul.): si servo fideicommissa data sit libertas, heres hunc eundem servum cum libertate heredem reliquisset, quaesitum est an necessarius fiat heres. et humanius est et magis aequitatis ratione subnixum non fieri necessarium: qui enim etiam invito defuncto poterat libertatem extorquere, is liber esse iussus non magnum videtur beneficium a defuncto consequi, immo nihil commodi sensisse, sed magis debitam sibi accepisse libertatem.

B. IV. IV. Zuſammengehörige Angelegenheiten ſind von anderen nicht zugehörigen getrennt abzuwickeln. — 1) fr. 5 §. 16 de trib. act. 14. 4 (Ulp.): aequissimum puto separatim tributionem faciendam, ne ex alterius re merceve alii indemnes

Digitized by Google

fiant [alii damnum sentiant?]; — 2) fr. 11 in fin. de usur. B. IV.
22. 1 (Paul.): quid si servus publicus obligationem usurarum rei publicae adquisiit? aequum est, quamvis ipso iure usurae rei publicae debeantur, tamen pro defectis nominibus compensationem maiorum usurarum fieri, si non sit parata respublica universorum debitorum fortunam suscipere.

V. Der Satz casum sentit dominus in der Rückwirkung auf B. V.
obligatorische Verhältnisse. — fr. 14 §. 1 depositi 16. 3 (Gai.): quia aequum esset naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res et si restituta esset actori.

VI. Gegenstellung von Sachen und ihrem Preise [vgl. auch Nr. C. B. VI.
VIII. 3]. Nutzung gegen Nutzung. — 1) fr. 13 §. 8 de her. pet. 5. 3 (Ulp.): nemo enim praedo est, qui pretium numeravit. — 2) fr. 5 §. 3 de cond. caus. dat. 12. 4 (Ulp.): sed si accepit pecuniam ut servum manumittat isque fugerit prius quam manumittatur, videndum an condici possit quod accepit. et a) si quidem distracturus erat hunc servum [also wenn die Sache ihm nur als Object galt, wodurch sich der Preis erlangen ließ] et propter hoc non distraxit, quod acceperat ut manumittat non oportet ei condici: plane cavebit, ut si in potestatem suam pervenerit servus, restituat id quod accepit eo minus quo vilior servus factus est propter fugam. plane si adhuc eum manumitti velit is qui dedit, ille vero manumittere nolit propter fugam offensus, totum quod accepit restituere eum oportet. sed si eligat is, qui decem dedit, ipsum servum consequi, necesse est aut ipsum ei dari aut quod dedit restitui. b) quodsi distracturus non erat eum, oportet id quod accepit restitui, nisi forte diligentius cum habiturus esset, si non accepisset ut manumitteret: tunc enim non est aequum eum et servo et toto pretio carere; — fr. 22 de her. pet. 5. 3 (Paul.): si et rem et pretium habeat bonae fidei possessor, puta quod eundem redemerit, an audiendus sit si velit rem dare non pretium? .... nam et in oratione divi Hadriani ita est: ‚dispicite, p. c., numquid sit aequius, possessorem non facere lucrum et pretium quod ex aliena re perceperit reddere, quia potest existimari in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse et quodammodo ipsum hereditarium factum.‘ oportet igitur possessorem et rem restituere petitori et quod ex venditione eius rei lucratus est. — 3) fr. 13 §. 20 de act. empt. 19. 1 (Ulp.): veniunt autem in hoc iudicium infra scripta. in primis pretium quanti res venit. item

Digitized by Google

Beil.

B. VI. usurae pretii post diem traditionis: nam cum re emptor fruatur, aequissimum est eum usuras pretii pendere (fr. 16 §. 1 de usur. 22. 1); fr. 4 §. 1 de lege comm. 18. 3 (Ulp.): Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit [perdit]: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit. — 4) fr. 9 §. 1 locati 19. 2 (Ulp.): der Ufufructuar verpachtet auf 5 Jahre und ſtirbt vor Ablauf: sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fruitus est pensionem praestet, Marcellus quaerit . . . et magis admittit teneri eum: et est aequissimum. . . . in exustis quoque aedibus eius temporis quo aedificium stetit mercedem praestandam rescripserunt.

B. VII. VII. Sach-Berechtigung ex pretio soluto. Ausgleichung von Quotenberechtigung an Sachen durch Geldentſchädigung. Die Nothwendigkeit ganzer ſtatt (zunächſt nur geſchuldeter) theilweiſer Sachreſtitution fordert Ausgleichung in Gelde. — 1) fr. 25 §. 1 de usufr. 7. 1 [vgl. meine Mancipation und Tradition S. 81 ff.]: quid ergo si amisso usufructu tunc pretium numeretur? Iulianus quidem . . scripsit adhuc interesse unde sit pretium numeratum: Marcellus vero et Mauricianus amisso usufructu iam putant dominium adquisitum proprietatis domino: sed Iuliani sententia humanior est. quodsi ex re utriusque pretium fuerit solutum, ad utrumque dominium pertinere Iulianus scripsit, scilicet pro rata pretii soluti. — 2) fr. 78 §. 4 de iure dot. 23. 3 (Tryphon.): Dem Manne, dem die Quote einer res communis zur dos gegeben und dann im comm. div. iud. der Reſt adjudicirt worden war, hat nach Trennung der Ehe die ganze Sache gegen partielle Entſchädigung herauszugeben: divortio autem facto sequetur restitutionem [eius partis, ins.], propter quam ad maritum pervenit, etiam altera portio, scilicet ut recipiat tantum pretii nomine a muliere, quantum dedit ex condemnatione socio: nec audiri debebit alteruter eam aequitatem recusans aut mulier in suscipienda parte altera quoque, aut vir in restituenda; — fr. 13 §. 17 de act. empt. 19. 1 (Ulp.): aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset si cum ipso actum esset communi dividundo. — 3) fr. 18 pr. de vulg. et pup. 28. 6 (Ulp.): si servus communis substitutus sit impuberi cum libertate . . . quodsi neque a patre neque a pupillo fuerit redemptus, aequitatis ratio suggerit, ut ipse pretium partis suae domino offerens possit et libertatem et hereditatem consequi.

Digitized by Google

VIII. Materielle Deckung eines Anſpruchs (pro soluto esse) durch ein aus frembem Vermögen Gezogenes, oder durch ein der Leiſtung Gleichſtehendes. Umgekehrt: Deckung des aus dem Vermögen Verlorenen durch den Preis. — 1) fr. 48 de solut. 46. 3 (Marcell.): . . quaero an ea, quae [uxor cum propter dotem bona mariti possideret] ex re mariti percepit, in dotem ei reputari debeant. Marcellus respondit reputationem eius quod proponeretur non iniquam videri: pro soluto enim magis habendum est, quod ex ea causa mulier percepit. sed si forte usurarum quoque rationem arbiter dotis reciperandae habere debuerit, ita est computandum, ut prout quidque ad mulierem pervenit, non ex universa summa decedat, sed prius in eam quantitatem quam usurarum nomine mulierem consequi oportebat: quod non est iniquum; — fr. 72 pr. de solut. (Marcell.): qui decem debet, si ea optulerit creditori et ille sine iusta causa ea accipere recusavit, deinde debitor ea sine sua culpa perdiderit, doli mali exceptione potest se tueri, quamquam aliquando interpellatus non solverit: etenim non est aequum teneri pecunia amissa, quia non teneretur, si creditor accipere voluisset. quare pro soluto id, in quo creditor accipiendo moram fecit, oportet esse. — 2) fr. 26 de inoff. test. 5. 2 (Ulp.): Ein Inſtituirter hat nach dem Teſtamente einen Sklaven freigelaſſen, dann wird das Teſtament für ungültig erklärt; aequum esse huic quoque succurri, ut servi pretium a manumisso accipiat, ne frustra servum perdat; fr. 17 pr. de rei vind. 6. 1 (Ulp.): . . si hominem, qui Maevii erat, emero a Titio, deinde cum eum Maevius a me peteret, eundem vendidero eumque emptor occiderit; aequum esse me pretium Maevio restituere. B. VIII.

IX. Begünſtigendes ius singulare zum Ausgleich von Sach- und Preis. — l. 2 C. de resc. vend. 4. 44 (Diocl. et Max.): rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxerit, humanum est, ut . . fundum venditum recipias vel . . quod deest iusto pretio recipias. B. IX.

X. Materielle Bedeutung des restituere. — fr. 38 §. 4 de usur. 22. 1 (Paul.): In Fabiana quoque actione et Pauliana, per quam quae in fraudem creditorum alienata sunt revocantur, fructus quoque restituuntur: nam praetor id agit, ut perinde sint omnia atque si nihil alienatum esset: quod [quare] non est iniquum (nam et verbum ‚restituas', quod in hac re praetor dixit, plenam habet significationem) ut fructus quoque restituantur. B. X.

Digitized by Google

Beil.

B. XI. XI. Der voll in seinen Ansprüchen Befriedigte kann formell begründete Rechte nicht mehr effectuiren, und hat seine etwa anderweiten, dahin gehörigen und ihm doch nicht mehr nützenden, Rechte dem Befriedigenden abzutreten. — 1) fr. 38 de eviction. 21. 2 (Ulp.): in creditore qui pignus vendidit tractari potest, an re evicta vel ad hoc teneatur ex empto, ut quam habet adversus debitorem actionem eam praestet: habet autem contrariam pignoraticiam actionem. et magis est ut praestet: cui enim non aequum videbitur vel hoc saltem consequi emptorem, quod sine dispendio creditoris futurum est. — 2) fr. 9 pr. locat. 19. 2 (Ulp.): der b. f. possessor hat vermiethet und die Sache wird evincirt; nihilominus eum teneri (das formell begründete Recht) ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit, licere. plane si dominus non patitur, et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam (die also den Conductor materiell in seinen Ansprüchen voll befriedigt) praestare, aequissimum esse . . absolvi locatorem — 3) fr. 16 §. 5 de pign. 20. 1 (Marcian.): der beklagte debitor ist bei der pignoris vindicatio auf Mehr, als Schuld und Zinsen betragen, condemnirt worden: an si tantum solverit, quantum debebat, exoneretur hypotheca? quod ego quantum quidem ad suptilitatem legis et auctoritatem sententiae non probo: semel enim causa transire videtur ad condemnationem et inde pecunia deberi: sed humanius est non amplius eum, quam quod revera debet, dando hypothecam liberare. — 4) fr. 2 §. 9 de admin. rer. 50. 8 (Ulp.): actio autem, quae propter ea in collegam decerni solet, ei qui pro altero dependit ex aequitate competit.

B. XII. XII. Innere Verschiedenheit des materiell-eigenen Erwerbes von dem Erwerbe durch Eintritt in das Recht eines Anderen. Gegeneinanderstehen zweier verschiedener Aequitätsgrundsätze. — 1) fr. 8 §. 7—10 quib. mod. pign. 20. 6 (Marcian.): Bisweilen kann, wenn der Schuldner die Pfandsache consentiente creditore veräußert, der Gläubiger hinterdrein doch noch gegen den Schuldner (falls die Schuld nicht gezahlt ist) klagen; fr. 8 §. 7 cit. Nicht aber kann, wenn der selbständig eigene Sacherwerber hinterdrein den veräußernden Pfandschuldner beerbt, gegen den auf seinem eigenen Rechte stehenden Sacherwerber der Aequität gemäß geklagt werden; fr. 8 §. 8 cit.: sed iniquum est auferri ei rem a creditore, qui [bezieht sich auf ei] non successionis iure sed alio modo rem nactus est. Dieser objective Aequitätsgesichtspunkt kann aber doch durch den zwischentretenden anderen subjectiven, daß Niemandem fremder dolus Nachtheil bringen soll (Nr. A. I), überwogen werden: potest tamen dici, cum Titii (des veräußernden Debitors) do-

Digitized by Google

lus in re versaretur, ne creditor a possessore pecuniam B. XII.
recipiat [dieſer dolus in re, wonach der Verkauf gerade zu dem Zwecke vorgenommen war, den Gläubiger ſeines Geldes verluſtig zu machen, wirkt auf den erbenden Sacherwerber (Maevius) herüber], iniquissimum esse ludificari eum. Solche perſönliche Rückſicht kann nun aber wieder beſiegt werden dadurch, daß der ſuccedirende Sacherwerber (Maevius) die Sache anderweit verpfändet hat. Hier iſt nämlich für dieſen Pfandgläubiger eine Sachlage vorhanden, derzufolge auf ihn der dolus des Erblaſſers ſeines Verpfänders nicht mehr herüberwirken kann. Damit tritt alſo wieder der Geſichtspunkt jener rein objectiv die Verhältniſſe gegeneinander wägenden Aequität, daß die Sache vom Sacherwerber unter Konſens des erſten Pfandgläubigers in materiell-eigenem Erwerbe erlangt war, in Geltung; fr. 8 §. 9 cit.: tunc rursus aequum erit excipi ‚si non voluntate creditoris veniit': licet enim dolus malus debitoris interveniat qui non solvit, tamen secundus creditor qui pignori accepit potior est. (Deshalb ſichert ſich der frühere Pfandgläubiger am Beſten dadurch, daß er ſich Caution auf Schuldzahlung aus dem Preiſe des Verkaufes, zu dem er conſentirt, ſtellen läßt; fr. 8 §. 10 cit.) — 2) fr. 47 de iure fisci 49. 14 (Paul.): aequum putavit imperator prius heredes conveniri debere, [deinde, ins.] in reliquum possessorem omnem. — 3) fr. 175 §. 1 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): non debeo melioris condicionis esse, quam auctor meus a quo ius in me transit; fr. 143 eod. (Ulp.): quod ipsis qui contraxerunt obstat, et successoribus eorum obstabit; fr. 177 pr. eod. (Paul.): qui in ius dominiumve alterius succedit, iure eius uti debet; fr. 156 §. 2 eod. (Ulp.) [fr. 3 §. 2 de it. actuq. priv. 43. 19]: Cum quis in alii locum successerit, non est aequum ei nocere hoc quod adversus eum non nocuit in cuius locum successit.

C. Rechtanwendende Aequität.

I. Allgemeine Sätze. — 1) Die gleichaustheilende Ge- C. I.
rechtigkeit iſt, — ſeitdem in der indogermaniſchen Völkerfamilie mit dem erſtarkenden Staate an die Stelle des Selbſtſchutzes der immer feſter und detailirter organiſirte Rechtsſchutz des die Rechtsanwendung unter ſeine Garantie nehmenden Gemeinweſens getreten iſt; vgl. oben §. 17 ff., — zu einem völlig unentbehrlichen Stück unſerer Rechtsordnung geworden. So konnte Cicero (Top. 7 vgl. auch 23. 24) die Aequität als Beſtandtheil des ius aufführen: ut si quis ius in legem, morem, aequitatem dividat, und danach überhaupt das ius civile durch die Aequität definiren (Top. 2): ius civile est aequitas constituta iis, qui eiusdem civitatis sunt, ad

Digitized by Google

Beil.

c. 1. res suas obtinendas: eius autem aequitatis utilis est cognitio: utilis est ergo iuris civilis scientia. So konnte Paulus in fr. 11 de iust. et iure 1. 1 das ius ſo erklären: ius pluribus modis dicitur: uno modo cum id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale [über den Ausdruck ius naturale vgl. Nr. B. I. 1]. So konnte für die Rechtshandhabung der Satz aufgeſtellt werden (fr. 1 pr. §. 1 quod quisque iur. 2. 2. Ulp.): summam habet aequitatem et sine cuiusquam indignatione iusta . . . quis enim aspernabitur idem ius sibi dici, quod ipse aliis dixit vel dici effecit? . . ut quod ipse quis in alterius persona aequum esse credidisset, id in ipsius quoque persona valere patiatur. So konnte für die Rechtsverwaltung der Magiſtrate abgeſehen vom „iurisdictionis ordo“ gerade die Aequität als die leitende Norm hingeſtellt werden; fr. 2 de extraord. cogn. 50. 13 (Ulp.): praesidem provinciae doceri oportere responsum est, ut is secundum rei aequitatem et iurisdictionis ordinem convenientem formam rei det (vgl. noch fr. 8 §. 1 fin. reg. 10. 1; fr. 21 de int. in iure 11. 1; fr. 11 §. 6 eod.; fr. 7 §. 10 de interd. vel rel. 48. 22). — 2) Während in der civilis ratio vorzugsweiſe das nationale Element ſeine Ausprägung findet (vgl. oben §. 31), entwickelt ſich in der rechtanwendenden Aequität jene nivellirende Tendenz, die ſich dann aber überhaupt der ganzen Rechtsentwicklung mittheilt (vgl. §. 30). Alle Humanität, alles Gleichheitsgefühl wirkt nothwendig kosmopolitiſch. So ruft ſchon Cicero aus (in Verr. II. 1. 46): an aliud Romae aequum est aliud in Sicilia?, ſo ſagt er Top. 4: valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat. So ſtellt Paulus (fr. 90 de reg. iur. 50. 17) die allgemeine Regel auf: in omnibus quidem, maxime tamen in iure, aequitas spectanda est. — 3) Die rechtanwendende Aequität hat zunächſt darauf zu ſehen, daß die Sachen überhaupt in den Rechtsweg geleitet werden; fr. 1 §. 2 de feriis 2. 12 (Ulp.): sane quotiens res urget, cogendi quidem sumus ad praetorem venire, verum ad hoc tantum cogi aequum est ut lis contestetur. — 4) Andererſeits hat die Aequität auf möglichſte Minderung der Proceſſe hinzuwirken; fr. 21 de reb. cred. 12. 1 (Iulian.): in utraque causa humanius facturus videtur praetor, si actorem compulerit ad accipiendum id quod offeratur, cum ad officium eius pertineat lites deminuere. — 5) Im Allgemeinen ſoll alle Rechtanwendung mit gerechter Gleichbehandlung und, wo kein Gegengrund iſt, Benignität vor ſich gehen; fr. 183 de reg. iur. 50. 17 (Marcell.) [fr. 7 pr. de i. i. r. 4. 1]: etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est; fr. 200 de reg. iur. 50. 17 (Iavo-

Digitized by Google

len.): quotiens nihil sine captione investigari potest, eligendum est quod minimum habet iniquitatis; fr. 36 pr. de iudic. 5. 1 (Callistr. — rescr. div. fratr.): humanum est propter fortuitos casus dilationem accipi . . et in similibus causis cognitionem ad aliquem modum sustineri; fr. 32 ad leg. Iul. de adult. 48. 5 (Paul.): aequum est computationi quinquennii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumptum est. Es ist eine Verkennung des ius aequum, wenn man lediglich in den Gegensatz zum ius strictum (rigor) das ganze Wesen desselben setzt (vgl. oben §. 36 A. 2) (vgl. Weiteres über die Benignität unter Nr. III). — 6) Wo aber die Aequität mit Sätzen der naturalis ratio oder des positiven ius in Widerspruch geräth, da bedarf es der aushelfenden Machtvollkommenheit des Magistrats oder Gesetzgebers; a) des Magistrats, fr. 85 §. 2 de reg. iur. 50. 17 (Paul.): quotiens aequitatem desiderii naturalis ratio aut dubitatio iuris moratur [z. B. bei den Erweiterungen des realen Elementes des Darlehns, fr. 17 pr. de pact. 2. 14: re enim non potest obligatio contrahi, nisi quatenus datum est (vgl. oben §. 2 Nr. 3. f. β), die dann auch das positive römische Recht, das ihnen zunächst entgegenstand, hinterdrein anerkannt hat], iustis decretis res temperanda est [und aus solchen, um der Aequität willen zunächst öfter ergangenen, klagegewährenden decreta wird das spätere positive römische Recht über die „singularia quaedam circa pecuniam creditam" (fr. 15 de reb. cred. 12. 1; fr. 34 pr. mand. 17. 2: „id enim benigne receptum est") hervorgegangen sein]; b) des Gesetzgebers; vgl. oben §. 36 A. 3. c. I.

II. Strenge Aequität im Gegensatz zur Benignität im e. S. — 1) Oben ist bereits erörtert worden, wie in mehren Punkten, insbesondere in Betreff des Sklavenverhältnisses, die gleichaustheilende strenge Aequität des Kriegsstandpunktes in Gegensatz zu dem Humanitätsgefühl tritt; vgl. §. 9, §. 13 A. 9 u. diese Beil. Nr. A. XIII. 1. Ein derartiger Gegensatz kommt auch sonst im Rechtsgebiet vor; da er aber verhältnißmäßig selten ist, so haben sich technische Ausdrücke für denselben nicht entwickelt. — 2) Der hauptsächlich leitende Gesichtspunkt der „strengen" Aequität ist: was mir unter gewissen Umständen geschehen wäre, das kann ich auch gegen den Anderen unter gleichen Umständen zur Anwendung bringen; und umgekehrt: das wozu ich nicht gezwungen werden kann, darf ich auch nicht von einem Anderen erzwingen wollen, oder: was ich meinerseits nicht rechtlich erzwingen kann, das darf auch auf der verpflichteten Seite nicht als bestehendes (rechtlich erzwingbares) Verhältniß gelten. fr. 6 de per. et comm. 18. 6 (Pomp.): quae invitus emptor accipere non coge retur, iniquum esse non permitti venditori [vel consumere, ins.] vel alii ea vendere; fr. 6 §. 5 de act. c. II.

Digitized by Google

Beil.

c. II. empt. 19. 1 (Pomp.): iniquum enim est me teneri, si propter hoc adquirere servitutem non potueris, quia dominus vicini fundi non fueris. — 3) fr. 3 §. 2 mand. 17. 1 (Paul.): Quodsi pretium statui tuque pluris emisti, quidam negaverunt te mandati habere actionem, etiamsi paratus esses id quod excedit remittere: namque iniquum est [„ſtrenge" Aequität] non esse mihi cum illo actionem si nolit, illi vero si velit mecum esse; fr. 4 (Gai.): sed Proculus recte [d. h. nach hier überwiegender Benignität, die ſich darauf ſtützt, daß der Mandatar zu dem remittere ſich bereit erklärt] eum usque ad pretium statutum acturum existimat, quae sententia sane benignior est; §. 8 I. de mandato 3. 26. — 4) fr. 59 §. 1 de iure dot. 23. 3 (Celsus): Gültigkeit der Delegation eines Schuldners iſt an ſich nur dann anzunehmen, wenn der neue Gläubiger das als Recht in Anſpruch nehmen kann, was Jener ſchuldet: nam obligari mulieris debitorem ita aequum est, si accipere id ipsum quod ei debetur vir potest . . . delegatione propter nimiam suptilitatem et casus necessitatem minime optinente. Demgegenüber dann aber eine andere benigne Interpretation: ne indotata mulier esse videatur dicendum est u. ſ. w. — 5) Im Gegenſatz zu der in anderer Richtung bei der Provocation geübten „Humanität" (fr. 6 de appellat. 49. 1) iſt nach „ſtrenger" Aequität zu behandeln die Lage des gerirenden und nicht gerirenden Vormundes; hat der gerirende durch Nichtappellation ſeine Handlungsweiſe anerkannt, ſo würde es verkehrte Gleichmacherei ſein, wenn man die Appellation des Nichtgerirenden auf ihn herüber wirken laſſen wollte. Richtige Aequität iſt: Jeden unparteiiſch nach ſeiner Lage beurtheilen; fr. 10 §. 4 de appellat. (Ulp.): iniquum est enim, qui ideirco adgnoverat sententiam quoniam gessisse se scit, propter appellationem eius qui non gesserat optinere.

c. III. III. Benigne Interpretation der Geſetze und der Thatſachen. — 1) fr. 56 de reg. iur. 50. 17 (Gai.): semper in dubiis benigniora praeferenda sunt; fr. 155 §. 2 eod. (Paul.): in poenalibus causis benignius interpretandum est; fr. 42 de poenis 48. 19 (Hermogen.): interpretatione legum poenae molliendae potius quam asperandae; fr. 192 §. 1 de reg. iur. (Marcell.): in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustius quam tutius. — 2) fr. 9 de pact. dotal. 23. 4 (Pompon.): benigna interpretatione potest defendi utilem stipulationem esse; fr. 34 de don. int. vir. et ux. 24. 1 (Ulp.): benigne dici potest, etsi prima donatio nullius momenti est, attamen ex sequenti consensu valere dotis dationem; fr. 24 de reb. dub. 34. 5 (Marcell.): cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpre-

Digitized by Google

tandum et secundum id, quod credibile est cogitatum, cre- c. III.
dendum est; fr. 10 de inoff. test. 5. 2; fr. 21 §. 1 de reb. dub. (Paul.): semper in dubiis id agendum est, ut quam tutissimo loco res sit bona fide contracta, nisi aperte contra leges scriptum est; fr. 26 eod. (Cels.): cum quaeritur in stipulatione quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. — 3) fr. 22 eod. (Iavolen.): cum pubere filio mater naufragio periit: cum explorari non possit uter prior exstinctus sit, humanius est credere filium diutius vixisse (fr. 23 eod.); fr. 4 de sentent. pass. 48. 23 (Paul.): in metallum damnata mulier eum quem prius conceperat edidit, deinde a principe restituta est. humanius dicetur etiam cognationis iura huic restituta videri; fr. 1 de interd. et rel. 48. 22 (Pompon. — ex rescr. d. Traian.): scio relegatorum bona avaritia superiorum temporum fisco vindicata. sed aliud clementiae meae convenit, qui inter cetera, quibus innocentiam rationum mearum temperavi, hoc quoque remisi exemplum; fr. 24 ad municipal. 50. 1 (Scaev.): ut pecuniae, quae ex detrimento solvitur, usurae non praestentur . . humanum est reliquorum usuras neque ab ipso . . . exigi; fr. 4 §. 1 de censibus 50. 15 (Aequität beim Cenſus); fr. 3 pr. de decurionib. 50. 2.

IV. Arbitrium boni viri; richterliches Arbitrium; Unparteilichkeit c. IV.
des Richters. — 1) fr. 76—78 pro soc. 17. 2 (Procul.): arbitrorum genera sunt duo, unum eiusmodi ut sive aequum sit sive iniquum parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi ut ad boni viri arbitrium redigi debeat; fr. 3 §. 1 de recept. 4. 8 (Ulp.): quisquamne potest negare aequissimum fore praetorem interponere se [debuisse, del.], ut officium quod in se recepit impleret?; fr. 13 §. 4 eod. (Ulp.): proinde si forte urgueatur a praetore ad sententiam, aequissimum erit, si iuret sibi de causa nondum liquere, spatium ei ad pronuntiandum dari. — 2) fr. 4 §. 1 de eo quod certo loco 13. 4 (Ulp.): interdum iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta . . . in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex qui huic actioni addictus est; fr. 7 §. 1 de trib. act. 14. 4 (Ulp.): quid tamen si dominus tribuere nolit nec hanc molestiam suscipere, sed peculio vel mercibus cedere paratus sit? Pedius refert audiendum eum, quae sententia habet aequitatem: et plerumque arbitrum in hanc rem praetor debebit dare; fr. 42 de Aed. ed. 21. 1 (Ulp. — ed. aed. cur.): si nocitum homini libero esse dicetur, quanti bonum aequum

Digitized by Google

Beil.

c. IV. iudici videbitur, condemnetur; fr. 11 pr. ad exhib. 10. 4 (Ulp.): aequissimum est aestimari officio iudicis damnum hereditatis; fr. 1 §. 5 si pars her. pet. 5. 4 (Ulp.): aequissimum igitur est incertae partis vindicationem ei dari; fr. 38 §. 7 de usur. 22. 1 (Paul.): [bei einer actio ex stip.] quod si acceptum est iudicium, tunc Sabinus et Cassius ex aequitate fructus quoque post acceptum iudicium [perceptos, ins.] praestandos putant ut causa restituatur, quod puto recte dici. — 3) fr. 14—16 de div. temp. praesc. 44. 3 (Scaev.): de accessionibus possessionum nihil in perpetuum neque generaliter definire possumus: consistunt enim in sola aequitate; plane tribuuntur his . . datur accessio possessionis; fr. 8 de pact. 2. 14 (Papinian.): quodsi aequales sint in cumulo debiti, tunc pluriúm numerus creditorum praeferendus est . in numero autem pari creditorum auctoritatem eius sequetur praetor, qui dignitate inter eos praecellit . sin autem omnia undique in unam aequalitatem concurrant, humanior sententia a praetore eligenda est; fr. 2 §. 8 si quis cautionib. 2. 11 (Ulp.): ex bono et aequo et hic exceptio ei accommodanda est (§. 1 eod.). — 4) fr. 17 de iudic. 5. 1 (Ulp.): iniquum est aliquem suae rei iudicem fieri; fr. 47 eod. (Callistr.): observandum est ne is iudex detur quem altera pars nominatim petat: id enim iniqui exempli esse; fr. 10 pr. de inoff. test. 5. 2 (Marcell.): nisi aperte iudices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit. — 5) fr. 6 de var. et extraord. cogn. 50. 13 (Gai.): si iudex litem suam fecerit, ... videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit; fr. 79. 80 pro socio 17. 2 (Paul.): si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat; davon die allgemeinere Bedeutung: iniquitas sententiae in Betreff eines nur für unrecht gehaltenen Urtheils: fr. 1 pr. si pendente appell. 49. 13 (Macer): si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit; fr. 2 quis a quo appell. 49. 3; fr. 11 de iustit. et iure; fr. 27 §. 2 de recept. 4. 8.

c. V. V. Beſonders begünſtigende Argumentation zur Herſtellung oder Verbeſſerung eines Klagenſchutzes. — 1) fr. 17 de Publ. act. 6. 2 (Nerat.): Publiciana actio non ideo comparata est ut res domino auferatur: eiusque rei argumentum est primo aequitas, deinde exceptio ‚si ea res possessoris non sit': sed ut is, qui bona fide emit possessionemque eius ex ea causa nactus est, potius rem habeat [quam quilibet alius praeter dominum, si is rem habeat, ins.]; fr. 12 §. 8 de captiv.

Digitized by Google

49. 15 (Tryphonin.): rursum cum constitutio non deteriorem causam redimentium, sed si quo meliorem effecerit, perimi ius bonae fidei emptoris vetustissimum et iniquum et contra mentem constitutionis est; §. 5 I de action. 4. 6: quod genus actionis et aliis quibusdam simili aequitate motus praetor accommodat; — fr. 5 §. 2 de inpens. in res dot. 25. 1 (Ulp.): si dos tota soluta sit non habita ratione inpensarum, videndum est an condici possit id, quod pro inpensis necessariis compensari solet . et Marcellus admittit condictioni esse locum: sed etsi plerique negent, tamen propter aequitatem Marcelli sententia admittenda est; — fr. 11 de damn. inf. 39. 2 (Ulp.): aequissimum tamen puto huic prospiciendum, id est [item] creditori, per stipulationem. — fr. 5. §. 2 de his qui effud. 9. 3 (Ulp.): interdum tamen, quod sine captione actoris fiat, oportebit praetorem aequitate motum in eum potius dare actionem, ex cuius cubiculo vel exedra deiectum est; — die aequitas ‚ne cogatur cum multis litigare': fr. 44 §. 1 de Aedil. ed. 21. 1; fr. 1 §. 25 fr. 2. 3 de exercit. act. 14. 1; fr. 13 §. 2 de instit. act. 14. 3. — fr. 5 §. 1 de bon. damn. 48. 20 (Ulp.): postea vero dissoluto matrimonio posse eam agere, quasi humanitatis intuitu hodie nata actione. — 2) Gewährung von utiles actiones: fr. 13 §. 9 de her. pet. 5. 3 (Ulp.): si quis a fisco hereditatem quasi vacantem emerit, aequissimum erit utilem actionem adversus eum dari; — die aequitatis ratio bei der utilis actio des nicht vertretenen Dritten dem man etwas verſprechen läßt: l. 8 C. ad exhib. 3. 42; l. 7 C. de pact. conv. 5. 14; l. 3 C. de don. quae sub modo 8. 55; vgl. fr. 13 pr. de pign. act. 13. 7; — fr. 49 fam. erc. 10. 2 (Ulp.): aequum erit utilem actionem ei adversus coheredem dari deficiente directo iudicio familiae erciscundae; — fr. 3 §. 7 ad exhib. 10. 4 (Ulp.): si quis noxali iudicio experiri velit, ad exhibendum ei actio est necessaria: . . . nonne aequum est ei familiam exhiberi, ut noxium servum adgnoscat? §. 14 interdum aequitas exhibitionis efficit, ut quamvis ad exhibendum agi non possit, in factum tamen actio detur. fr. 15 eod. (Pompon.): non esse autem iniquum iuranti nihi non calumniae causa id postulare vel interdictum vel iudicium ita dari. — fr. 1 de eo quod certo loco 13. 4 (Gai.): quia iniquum erat . . . non posse stipulatorem ad suum pervenire, ideo visum est utilem actionem in eam rem comparare; l. 5 C. si aliena res pignori 8. 16. — 3) Daher überhaupt die Bedeutung von aequum = legislativ wünſchenswerth, zweckmäßig: fr. 1

Digitized by Google

Beil.

c. v. §. 2 ad SC. Trebell. 36. 1; fr. 1 §. 39 de aqua cott. 43. 20; fr. 1 §. 1 de vi 43. 16; fr. 1 pr. de exercit. act. 14. 1; fr. 16 instit. act. 14. 3; §. 5 I. de iure nat. gent. et civ. 1. 2: aequum visum est senatum vice populi consuli; u. ſ. w.

c. vi. VI. Speciell auf das bonum et aequum gebaute Klagen. — 1) fr. 32 de reb. cred. 12. 1 (Cels.): sed quia pecunia mea [quae, ins.] ad te pervenit eam mihi a te reddi bonum et aequum est (vgl Nr. B. I 1). — 2) fr. 11 §. 1 de iniur. 47. 10 (Ulp.): iniuriarum actio ex bono et aequo est et dissimulatione aboletur . si quis enim iniuriam dereliquerit, hoc est statim passus ad animum suum non revocaverit, postea ex paenitentia remissam iniuriam non poterit recolere . secundum haec ergo aequitas actionis omnem metum eius abolere videtur, ubicunque contra aequum quis venit; fr. 17 §. 2 eod. (Ulp.): in quantum ob eam rem aequum iudici videbitur; fr. 18 pr. eod. (Paul.): eum qui nocentem infamavit, non esse bonum aequum ob eam rem condemnari . peccata enim nocentium (vgl. Nr. A. XI) nota esse et oportere et expedire; fr. 10 de sepulcro viol. 47. 12 (Papinian.): recte eum ea actione experiri, quae in bonum et aequum concepta est . . . cum etsi per hereditatem optigit haec actio, nihil tamen ex defuncti capiatur voluntate, neque id capiatur quod in rei persecutione sed in sola vindicta sit constitutum. — 3) fr. 8 (Gai.) 9 (Paul.) de cap. min. 4. 5: Eas obligationes, quae naturalem praestationem habere intelleguntur, palam est capitis deminutione non perire, quia civilis ratio naturalia iura (d. h. hier: auf der naturalis aequitas beruhende; vgl. Nr. B. I 1] corrumpere non potest . itaque de dote actio quia in bonum et aequum concepta est, nihilominus durat etiam post capitis deminutionem, ut quandoque emancipata agat. — 4) fr. 14 §. 6 de religios. 11. 7 (Ulp.): haec actio quae funeraria dicitur ex bono et aequo oritur: continet autem funeris causa tantum impensam, non etiam ceterorum sumptuum . aequum autem accipitur ex dignitate eius qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide, ut neque plus imputetur sumptus nomine quam factum est, neque tantum quantum factum est si immodice factum est. §. 10 iudicem qui de aequitate cognoscit. §. 13 . . nonne aequum est mihi funerariam competere? et generaliter iudicem iustum [die „Gerechtigkeit" iſt hier das Product der Aequität] non meram negotiorum gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget. — 5) fr. 1 quod cum eo 14. 5 (Gai.): omnia

Digitized by Google

proconsul agit, ut qui contraxit cum eo, qui in aliena po- c. VI.
testate sit, etiamsi deficient superiores actiones ... nihilominus tamen in quantum ex bono et aequo res patitur suum consequatur; fr. 2 §. 1 eod.; §. 10 I de action. 4. 6.

VII. Der Rechtsſchutz muß auf den zurückſchlagen, gegen den c. VII.
er von vorn herein gerichtet iſt. — 1) fr. 39 pr. de evict. 21. 2 (Iulian.): Die i. i. r. des verkaufenden minor gegen den Käufer ſeines Käufers muß die Folge haben, daß der zweite Käufer gegen den erſten: Evictionsanſpruch erhält; nam si fundus praetoria cognitione ablatus fuerit, aequum erit per eundem praetorem et evictionem restitui. — 2) Fällt derjenige weg, gegen den der Rechtsſchutz zunächſt gerichtet iſt, ſo kann dem Rechtsnachfolger gegenüber der Rechtsſchutz ſich ganz anders geſtalten müſſen; fr. 41 §. 4 de iure dot. 23. 3 (Paul.): si debitor mulieris dotem promiserit et mulierem heredem reliquerit, Labeo perinde habendum ait, ac si mulier ipsa dotem promisisset. cuius sententiam Iulianus quoque probat: nec enim aequum esse ait, ut ei damnetur eius pecuniae nomine, quam ipsa debeat, et satis esse acceptilatione eum liberari; fr. 66 §. 7 sol. matr. 24. 3 (Iavolen.): si quis pro muliere dotem viro promissit, deinde herede relicta muliere decesserit, qua ex parte mulier ei heres esset pro ea parte dotis periculum, quod viri fuisset, ad mulierem pertinere ait Labeo, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset ob id ex detrimento viri mulierem locupletari [vgl. Nr. B. I 1]: et hoc verum puto.

VIII. Kein Rechtsſchutz vor der Zeit. Entwicklung des Be- c. VIII.
dürfniſſes von Cautionen auf die Zukunft. — 1) fr. 186 de reg. iur. 50. 17 (Cels.): nihil peti potest ante id tempus quo per rerum naturam persolvi possit: et cum solvendi tempus obligationi additur, nisi eo praeterito peti non potest; fr. 188 §. 1 eod. (Id.): quae rerum natura prohibentur, nulla lege confirmata sunt [d. h. was durch die rerum natura ganz prohibirt wird, kann auch durch ein Geſetz nicht zur Geltendmachung confirmirt werden, — vgl. oben §. 2 A. 1]. — 2) fr. 13 §. 5 de pign. 20. 1 (Marcian.): si praesens sit debitum et agatur ante condicionem hypothecaria, verum quidem est pecuniam solutam non esse, sed auferri hypothecam iniquum est. ideoque arbitrio iudicis cautiones interponendae sunt ‚si condicio exstiterit nec pecunia solvatur restitui hypothecam si in rerum natura sit'. — 3) fr. 25 §. 9. 10 (Ulp.), fr. 26 (Gai.) de Aedil. ed. 21. 1: an ſich iſt bei Redhibition der Sache die Ordnung die, daß zunächſt der Käufer die Sache leiſtet und dann den Preis zurückerhält; aber jene wird doch gegeben um dieſen

Digitized by Google

c. VIII. zurückzuerhalten; ist nun der Verkäufer zahlungsunfähig, so wäre es vor der Zeit, den Käufer die Sache bereits herausgeben zu lassen: videamus tamen ne iniquum sit emptorem compelli dimittere corpus et ad actionem iudicati mitti, si interdum nihil praestatur propter inopiam venditoris, potiusque res ita ordinanda sit, ut emptor caveat, si intra certum tempus pecunia sibi soluta sit, se mancipium restituturum.

c. IX. IX. Zulassung von Vertheidigung und von Exceptionen. — 1) fr. 125 de reg. iur. 50. 17 (Gai.) favorabiliores rei potius quam actores habentur; fr. 1 pr. de edendo 2. 13 (Ulp.): aequissimum videtur eum qui acturus est edere actionem, ut proinde sciat reus utrum cedere an contendere ultra debeat, et, si contendendum putat, veniat instructus ad agendum cognita actione qua conveniatur; fr. 1 pr. de requir. vel abs. 48. 17 (Marcian.): divorum Sev. et Ant. Magn. rescriptum est ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur. — fr. 154 de reg. iur. 50. 17 (Ulp.): cum par delictum est duorum, semper oneratur petitor et melior habetur possessoris causa. sicut fit cum de dolo excipitur possessoris: neque enim datur talis replicatio petitori 'aut si rei quoque in ea re dolo factum sit'. illi debet permitti poenam petere, qui in ipsam non incidit; — fr. 2 ne quis eum qui in ius voc. 2. 7 (Paul.): nam cum uterque contra edictum faciat, et libertus qui patronum vocat, et is qui patronum vi eximat: deteriore tamen loco libertus est, qui in simili delicto petitoris partes sustinet. Eadem aequitas est in eo, qui alio quam quo debuerat in ius vocabatur: sed et fortius dicendum est non videri vi eximi eum, cui sit ius ibi non conveniri. — 2) Pr. I. de except. 4. 13: saepe enim accidit ut, licet ipsa persecutio qua actor experitur iusta sit, tamen iniqua sit adversus eum cum quo agitur; fr. 38 §. 1 de solut. 46. 3 (African.): exceptione tamen ei succurri aequum est; fr. 14 de except. 44. 1 (Alf. Var.): placuit aequum esse in factum exceptionem eum obiicere; fr. 2 §. 1. 8 si quis cautionib. 2. 11 [vgl. Rr. IV. 3]; fr. 17 de pec. const. 13. 5 (Paul.): aequum est succurri reo aut exceptione aut iusta interpretatione, ut factum actoris usque ad tempus iudicii ipsi noceat; fr. 30 de nox. act. 9. 4 (Gai.): in noxalibus actionibus eorum qui bona fide absunt ius non corrumpitur, sed reversis ex bono et aequo potestas datur; fr. 7 §. 3 quod vi aut cl. 43. 24 (Ulp.): et ait Iulianus aequissimum esse hanc exceptionem dari . . hanc exceptionem profuturam . quod non aliter pro-

Digitized by Google

cedere debet, nisi ex magna et satis necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrati oportet, u. ſ. w. — 3) fr. 6 si quis caution. 2. 11 (Gai.): si is qui fideiussorem dedit ideo non steterit, quod rei publicae causa afuit: iniquum est fideiussorem ob alium necessitate sistendi obligatum esse, cum ipsi liberum esset non sistere; — fr. 21 de rei vind. 6. 1 (Paul.): si a bonae fidei possessore fugerit servus . . si integrae opinionis videbatur ut non debuerit custodiri, absolvendus est possessor . . . quodsi nondum eum usucepit, absolvendum eum sine cautionibus, ut nihil caveat petitori de persequenda re: quo minus enim petitor eam rem persequi potest, quamvis interim dum in fuga sit usucapiat? nec iniquum id esse Pomponius . . scribit. — fr. 4 §. 1 de edendo 2. 13 (Ulp.): huius edicti ratio aequissima: nam cum singulorum rationes argentarii conficiant, aequum fuit. id quod mei causa confecit meumque quodammodo instrumentum mihi edi. — 4) fr. 6 de appellat. 49. 1 (Ulp.): credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere; fr. 1 pr. quando appell. 49. 4 (Ulp.): humanitate suggerente . . quia . . adversus iudicis calliditatem provocavit; fr. 9 qui satisd. cog. 2. 8; fr. 1 §. 2 de libell. dimiss. 49. 6. — 5) fr. 1 §. 4 de postul. 3. 1 (Ulp.): Gewährung eines Advocaten, „hanc humanitatem“; fr. 33 §. 2 de procur. 3. 3 [vgl. oben §. 32 A. 7]; fr. 33 §. 4 eod. (Ulp.): aequum praetori visum est eum, qui alicuius nomine procurator experitur, eiusdem etiam defensionem suscipere. — 6) fr. 73 eod. (Paul.): si reus paratus sit ante litem contestatam pecuniam solvere, procuratore agente quid fieri oportet? nam iniquum est cogi eum iudicium accipere. c. IX.

X. Compenſation. — Der Grund derſelben iſt [nicht die ſubjectivſchätzende, vgl. Nr. A. IX, ſondern] die rechtanwendende Aequität [fr. 18 pr. de compens. 16. 2 (Papinian.): aequitate compensationis utetur]: unſer Intereſſe anzuerkennen, daß wir, im Fall wir eine Gegenforderung haben, lieber nicht zahlen als zurückfordern; fr. 3 eod. (Pomp.): ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra potius non solvere quam solutum repetere; Eiſele Comp. S. 232. Danach iſt es aequissimum (fr. 5 eod. Gai.), eligere fideiussorem, quod ipsi an quod reo debetur, compensare malit: sed et si utrumque velit compensare audiendus est; Eiſele S. 298. Deßhalb ſagt fr. 36 de adm. tut. 26. 7 (Papinian.): aequitas, quae merum [man braucht die Worte nicht mit Eiſele S. 175 den Compilatoren zuzuſchieben] ius compensationis inducit, propter officium et personam c. X.

Digitized by Google

c. x. agentis tutoris non differtur: nam divisio tutelae . . inter ipsos locum habet nec experiri cum pupillo volentibus obstare debet.

c. xi. XI. Naturalobligationen. — fr. 95 §. 4 de solut. 46. 3 (Papinian.): naturalis obligatio ut pecuniae numeratione ita iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur, quod vinculum aequitatis quo solo sustinebatur [das eigentlich erklärende Wort in Betreff des Wesens der Naturalobligationen ist bisher wohl noch nicht gesprochen] conventionis aequitate dissolvitur; meine Wechselb. S. 27.

c. xii. XII. Vertheilung der Beweislast. — Gewisses in dieser Hinsicht ergiebt schon die naturalis ratio (vgl. oben §. 2 Nr. 3. a), zu dem dann aber die Aequität Genaueres hinzufügt; fr. 12 de probat. 22. 3 (Cels.): prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditam pecuniam petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendus est. et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, [contendit, ins.] heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet; fr. 13 eod. (Id.): cum de aetate hominis quaereretur, Caesar noster in haec verba rescripsit: ‚Et durum et iniquum est, cum de statu aetatis alicuius quaereretur et diversae professiones proferuntur, ea potissimum stare quae nocet: sed causa cognita veritatem excuti oportet et ex eo potissimum annos computari, ex quo praecipuam fidem in ea re constare credibilius videtur.

c. xiii. XIII. Provisorische Maaßnahmen; auctoritativ vorgeschriebene Handlungen im Gegensatz zu den spontan ausgeführten. — fr. 21 §. 3 de appell. 49. 1 (Papinian.): idem rescripserunt, quamvis usitatum non sit post appellationem fructus agri, de quo disceptatio sit, deponi, tamen cum populi [pupilli] traherentur ab adversario, aequum sibi videri fructus apud sequestres deponi. — fr. 49 fam. erc. 10. 2 (Ulp.): hi demum ad duplae cautionem compelluntur qui sponte sua distrahunt: ceterum si officio distrahens fungitur non debet adstringi, non magis quam si quis ad exsequendam sententiam a praetore datus distrahat: nam et hic in ea condicione est, ne cogatur implere quod coguntur hi qui suo arbitrio distrahunt: nam inter officium suscipientes et voluntate distrahentes multum interest.

c. xiv. XIV. Humanität in der Execution. — fr. 16 §. 1 de compens. 16. 2 (Papinian.): aliud est enim diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri

Digitized by Google

Beil. c. XIV.

solutionis. — Durch Verabredung kann eine den modus iustae exactionis überſchreitende iniquitas geſchaffen werden fr. 17 pr. de usur. 22. 1 [auch hier erſcheint die aequitas als Quelle des „iustum“; vgl. Nr. VI. 4 u. oben §. 35 A. 1]. In der exactio ſoll nicht bloß die Privatperſon ſondern auch der Vertreter öffentlicher Intereſſen human ſein; fr. 33 pr. eod. (vgl. oben §. 36 Anm. 1).

Digitized by Google

Zuſatz.

Die Augsb. Allg. Zeit 1877 Nr. 2 enthält in dem Artikel: „Indiſches Recht“ (G. B.) ein Referat über das neuerdings publicirte ſ. g. Geſetzbuch des Narada [den Pſeudo-Narada; vermuthlich aus dem 5ten oder 6ten Jahrh. nach Chr.]: Dr. Jullius Jolly, Naradiya dharmasáthra or the Institutes of Narada, translated for the first time from the unpublished Sanskrit Original. London 1876. In dieſem Referat kommen drei Punkte vor, die ſich deutlich als die hiſtoriſchen Ueberreſte des oben dem Urſtammvolk zugewieſenen Rechtes kennzeichnen. 1) (die Erhaltung des Hauſes; — vgl. oben §. 5 A. 4): „das indiſche Eherecht iſt gänzlich von den beiden Rückſichten der Reinhaltung der Kaſte und der Erfüllung des Ehezwecks, der Hervorbringung eines männlichen Nachkommen, beherrſcht, der als rechtmäßiger Darbringer der vorgeſchriebenen Todtenopfer für den verſtorbenen Vater von der höchſten religiöſen Bedeutung war.“ [Ueber indogermaniſch Gemeinſchaftliches in Betreff der Schließung der Ehe vgl. noch Weber's Indiſche Studien Bd. V (1862): Vediſche Hochzeitsſprüche S. 177—266 (v. Weber), und: Die Heirathsgebräuche der alten Inder S. 267—412 (v. Haas u. Weber) — (Ueberſicht S. 410 ff.) —; insbeſondere: a) Zweck der Ehe S. 283: „um das Geſchlecht fortzupflanzen . . . außerordentliche Wichtigkeit, welche der Zeugung der Nachkommenſchaft für die eigene Erlöſung beigelegt wurde“; S. 389; b) Brautkauf S. 343, 407; c) Prieſterehe und ſonſtige Ehe S. 285; Wegfall der Ceremonieen bei Wittwen (indiſch und römiſch) S. 285; Trennung der Verlobung und der Brautübergabe S. 276, 277, 300, 301, 310; d) Niederſetzen auf ein Fell S. 207, 208, 221, 324, 325, 398; e) dextrarum coniunctio S. 311; f) Waſchung der Frau (λουτρὸν νυμφικόν) S. 304; g) Scheitelung des Haars der Braut, Schleier, Kürzung des Haars und Anbinden von zwei Zotten Wolle S. 405, 406, 319, 320; h) in domum deductio S. 323, 344, 376, 391; i) „ubi tu Gaius, ibi ego Gaia“ S. 216, 340; k) aqua et igni coniunctio S. 207, 285, 318, 381 A. †; l) trinoctium der Enthaltung S. 325, 330, 331, 347, 360 (ἀπαυλία)]. 2) (die actio sacramenti; vgl. oben §. 12 A. 4): „Klage kann in doppelter Weiſe geſtellt werden: gegen Hinterlegung einer beſtimmten Geldſumme oder ohne eine ſolche. Die erſtere Form hat eine merkwürdige Aehnlichkeit mit dem altrömiſchen (in) lege agere sacramento. Das sacramentum der Römer, jene Summe Geldes, welche jeder der beiden Litiganten vor dem Prätor einſetzte, in der Meinung ſie an das Aerar zu verlieren, wird im indiſchen Proceß als Einſatz einer Wette gedacht.“ 3) (ſtrenges Schuldrecht; vgl. oben §. 16 A. 5a): „Die Obligation . . macht ſchließlich den Schuldner zum Sklaven des Gläubigers, ein Gegenſtück des altrömiſchen trans Tiberim — Verkaufsrechts eines durch manus iniectio addictus.“

Druck von Ed. Frommann in Jena.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google